

DISSERTATIO INAUGURALIS IVRIDICA 35.

D E

RECOGNITIONE INSTRUMENTORVM
PER TESTES ET COMPARATIONEM
LITERARVM

RECTORE GEORGIAE AVGVSTAE
MAGNIFICENTISSIMO
SERENISSIMO AC POTENTISSIMO DOMINO
DOMINO

GEORGIO II.

MAGNAE BRITANNIAE FRANCIAE ET
HIBERNIAE REGE
DEFENSORE FIDEI
BRVNSVICENSIVM AC LVNEBVRGENSIVM DVCE
S. R. I. ELECTORE ET ARCHITHESAVRARIO
ILLVSTRIS IVRECONSVLTORVM ORDINIS AVCTORITATE

P R A E S I D E

V I R O I L L V S T R I

D. IOANNE FRIDERICO
WAHL

POTENTISSIMO MAGNAE BRITANNIAE REGI
A CONSILIIS AVLAE FACVLTATIS IVRIDICAE
PRAESIDE ORDINARIO ET ANTECESSORE

P R O L I C E N T I A

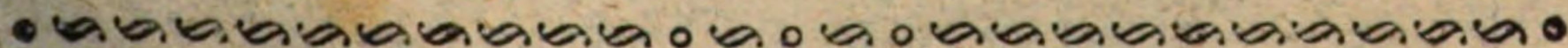
PVBLICE DISPVLTATA

A B A V C T O R E

MARCO AVGVSTO CLAVDI

MOENO FRANCOFVRTANO

AD DIEM 22 APRILIS A. G. N. C15 15 CCL.



GOETTINGAE, Typis Ieann. Frid. Hageri.

22

GEORGIO II.

D. JOHANNES FRIDERICUS
W A H T

PRO LICENTIA

CLAVDI

INCLYTO ORDINI SENATORIO
FLORENTISSIMAE ATQVE SPECTATISSIMAE
SACRI ROMANI IMPERII LIBERAE REIPUBLICAE
MOENO FRANCOFVRTANAE

VIRIS

ILLVSTRIBVS GENEROSISSIMIS MAGNIFICIS
PRAENOBILISSIMIS ATQVE CONSVLTISSIMIS
GENERIS ERVDITIONIS MERITORVMQVE
GLORIA CONSPICVIS

DOMINIS

PRAETORI

CONSVLIBVS

SCABINIS

SYNDICIS

SENATORIBVS

ET EX EORVM NUMERO

SACRAE CAESAREAE MAIESTATIS

CONSILIARIIS ACTVALIBVS

PATRIAE PATRIBVS

DOMINIS SVIS AC MAECENATIBVS

INDVLGENTISSIMIS

DISSERTATIONEM HANC
INAVGVRALEM
CVM OMNIGENAE PROSPERITATIS VOTO
ISTORVM

GRATIOSAE BENEVOLENTIAE
SE SE DE MELIORI COMMENDANS
DEVOTISSIMA MENTE

D. D. D.

MARCVS AVGVSTVS CLAVDL



DISSERTATIO INAUGVRALIS IVRIDICA
DE
RECOGNITIONE INSTRVMENTORVM PER TESTES
ET COMPARATIONEM LITERARVM.

§. I.

PROBATIONIS VSVS ET NECESSITAS IN
IVDICIIIS.



uantus & quam late patens sit probatio-
num vsus in dubiis ac litigiosis nego-
tiis iudicialibus, nemini, nisi rei iudi-
ciariae penitus experti, latere potest.
Cum enim de facto, in quo iudex
iudicare iubetur, non semper vl-
tro liquet, sed plerumque ambigitur, haud quaquam in pote-
statem eius cadit, sine adfectu pronunciare, antequam fides le-
gitima, quid verum aut falsum? ei facta sit. Vnde probatio
recte ad *substantialia* processus refertur, cuius *anima* etiam di-
citur,

citur, & causae victoriam pariter ac decisionem¹ sic respicit (a), ut sententia, quae sine probatione lata² est, omni effectu careat, si scil. sententia *condemnatoria* (b), probatio vero *facto* non *partis*, sed *iudicis* omissa fuerit (c). Quandoquidem igitur cogitationem scribendae dissertationis inauguralis cepi, utilitate doctrinae de probationibus, ad feligendum ex ea specimen aliquod academicum, eo facilius induci potui, quo certius persuasum mihi fuit, non prorsus alienum a scopo meo esse, si aliquid operae ponerem, in illustrando themate, quod in omni iudicio utramque facit paginam, istud vero plane exhaustire, cum vastum nimis opus fuerit, sufficere visum fuit, aliquam eius particulam *de recognitione instrumentorum per testes & literarum comparisonem* explicare, quaeue hinc inde in variis Ictorum scriptis sparsa sunt, in iustum ordinem redigere.

§. II.

PROBATIONIS DEFINITIO.

Probationem varii varie definiunt, BARTHOL. LEONHARDO SVENDENDOERFFERO (d) nihil aliud est, quam rei dubiae legitimis argumentis facta ostensio, VLRICO HVBERO (e) est legitima fides iudici facta, de veritate rei dubiae, secundum *actoris*, aut aliquando *rei* intentionem, ab hac definitione non multum recedit definitio GERARDI NOODTII (f), cui probatio nihil aliud est, quam fides legitima, quam iudici de re controuersa facit is, qui dicit, eandemque, solo verborum ordine immutato, retinuit IO. ORTWIN WESTENBERGIUS (g). Mihi non inepta videtur haec definitio: probatio est *actus iudicialis*

(a) RHETIVS Vol. 2. diff. iur. priuat. XXII. de except. parat. execut. imped. cap. VI. n. 1.

(b) Vid. PRAESID. dissert. de vitio nullitat. process. iudic. §. XXI.

(c) RHETIVS c. l. cap. IV. n. 17.

(d) Ad FIBIGII process. pag. 527. §. 15.

(e) In praelect. ad Dig. tit. de probat. §. 2.

(f) Ad Dig. tit. de probat. in pr.

(g) In principiis iur. secund. ord. Digest. tit. de probat. §. 2.

cialis (h), quo iudici causae controuersae, de veritate dubii facti in iudicium deducti, legitime per argumenta idonea fidem facit is, qui in facto illo, fundamentum intentionis suae ponit.

§. III.

PERSONAE AD PROBATIONEM NECESSARIAE.

Vt aliquid ad persuadendum in iudicio seu fidem faciendam fieri possit, plures requiruntur personae, *vna*, quae probationem peragendam subit, *altera* contra quam, & *tertia*, cui fit probatio. Suscipit probationem is, cui ea iniuncta est, per sententiam interlocutoriam. Quamuis enim partes litigantes sponte probationem subire queant, ad id tamen nemo inuitus tenetur (*i*), cumque eum, contra quem probatio suscipitur, super forma & meritis eius audire, aequitas postulet, huic quoque probationem fieri, quamuis *secundario* duntaxat, dici potest. Verum

(*h*) Quia *actus* verbum, vt cum LABEONE libro primo praetoris vrbanī VLPIANVS in L. 19. *pr. de V. S.* definit, generale est, siue *verbis* siue *re* quid agatur, recte quoque *actus* vocabulo designatur, quod, ad fidem iudici faciendam, in iudicio suscipitur. Quandoquidem vero *iudicii & actuum iudicialium* alia *angustior*, alia *laxior* significatio est, quae illos quoque actus complectitur, qui litis contestationem antecedunt, non prior, sed posterior huius loci est, in qua probatio quoque illa, quae ante litem contestatam in perpetuam rei memoriam fieri dicitur, vel alias iustam ob causam anticipatur, recte *actus iudicialis* nomine insignitur, licet ab alijs, qui angustiore si-

gnificationem *iudicii & actuum iudicialium* supponunt, *actus extraiudicialis* vocetur, actus vero hic vel *primus* vel *secundus* est, ille nulla adhuc probatione perfecta, hic vero prima probatione perfecta, aliquando suscipitur, ad defectum prioris probationis supplendum, seu ad negotii fidem clariorem faciendam. SAMVEL STRYCK. Vol. II. *disp. halens. XVI. de probat. probat. melior. cap. 11. n. 4. pag. 595.*

(*i*) B. Cancell. BOEHMER. in I. P. E. L. II. Tit. XIX. §. XIII. III. LEYSER. *medit. ad Dig. spec.* 258. m. 1. in Reformat. Francofurtensi autem *part. 1. tit. XXVIII. §. 11.* sancitum legitur, eum, cui probatio incumbit, petere debere: *sich zur Beweifung zuzulassen.*

Verumenim vero, quia aduersarius, etiamsi probatio hoc effectu peracta fuerit, ut de facti negati veritate iure & merito nemo amplius dubitare queat, ne soluat aut restituat, sibi liquere, semper negabit (k), hoc intuitu non *aduersario* sed *iudici* probationem fieri recte dicitur (l), qui ad probationem trisariam concurrit, primum *antecedenter*, declarando per sententiam interlocutoriam, quis probare debeat, & quid probandum sit, vel *indefinite*, (m) vel *definite*, ut simul super causa, & in quo victoria eius consistere debeat, pronunciet, (n) tum *concomitanter*, dum actum probationis dirigit (o), deinde *consequenter*, quando de

(k) Veteres glossatores dixerunt, etsi ipsum solem ad ostendendam veritatem in manu gereres, semper tamen aduersarium, te probasse, negaturum esse, ergo huic probari nihil attinet.

(l) COCCEI. Vol. II. D. VIII. de direct. probat. negat. c. 1. §. 5. LAVTERB. coll. tb. pr. tit. de probat. §. XX.

(m) Dafs Klaeger den grund der klage, vel, si litis contestatio mixta sit, so viel ihm daran verneinet worden, zu erweisen schuldig.

(n) Wuerde Klaeger dis oder ienes beweisen, cetera, ratione effectus multum differt haec pronuntiandi formula, ab ea, quae indefinite concepta est, haec enim mere interlocutoria est, quam iudex reuocare potest, cumque articulos probatorios, non aliter, quam saluo iure impertinentium admisisse censeatur, eos postea reiicere, vel saltim praeterire potest. MEV. Part. II. D. CCCI. n. 4. hinc aliquando euenire solet, ut, si libellus non concludens admissus fuerit,

licet omnia eius capita probata fuerint, tamen enunciandum sit: Dafs die Klage, inmassen sie angebracht, nicht statt hat, vbi vero definite probatio iniuncta fuit, sententia litem simul definit, & ad eius iustitiam necessarium, velut definitiua, constituit. MEV. cit. Dec. CCCI. n. 5. sq. LYNCKER. de grau. extrajud. tract. prael. cap. III. §. VIII. n. 2. pag. 55.

(o) Probatio sine iudicis competentis directione, siue iudicialiter siue extrajudicialiter peracta, nulla est, hinc v. c. rotuli testium a notario absque commissione iudicis confecti fidem non faciunt, licet consuetudine alicubi aliud introductum sit. LYNCKER. Vol. II. resp. CXLIX. n. II. Quamobrem licet in saxoniam, quod ad possessorium summarissimum attinet, inualuit, ut rotuli extrajudiciales a iudice etiam non congruo confecti probent, extra saxoniam tamen aliud obtinet vid. MEV. Part. VIII. Dec. CCCXCII. WERNHER. P. IV. obs. XLII. pronunciari igitur solet. Wurden die

de efficacia probationis ex animi sui sententia iudicat, quid aut credat, aut parum probatum sibi opinetur (*p*), licet enim iudex secundum acta & probata ita iudicare obstringatur, ut nihil ei notum esse debeat, nisi de quo ipsi ex actis satis constat (*q*), attamen cauere quoque debet, ne veritas rerum erroribus gestarum vitietur (*r*), inde non ignobilis quaestio mouetur, an iudex ea, quae in actis adlegantur & probantur, an vero suam conscientiam sequi debeat? ad quam varii varie respondere solent (*s*).

§ IV.

QVID PROBANDUM.

Omnis probatio ad *factum*, quod in iudicium deductum aduersarius negat, dirigenda est, *iur* enim ipsum, quia finitum

A 3

ac

die von klaegern bey der ihm zu-
erkannten bescheinigung abgehoer-
te zeugen anderweit vor gericht
abgehoeret und vereidet werden,
und ihre vor dem amt zu N. N.
oder vor notario und zeugen ge-
thane auflage wiederhohlen, in-
massen vor allen dingen zu be-
schehen, so hat klaeger dasienige,
so ihm zu bescheinigen auferleget
und er sich angemasset, zur noth-
durft beygebracht, derowegen &c.

(*p*) L. 3. §. 2. in fin. D. de te-
stib.

(*q*) L. 6. §. 1. D. de offic. praesid.

(*r*) cit. L. 6. §. 1. D. de offic.
praesid.

(*s*) Facti hanc quaestionem, pro
boni & aequi ratione, ex diuersis
circumstantiis decidendam esse, di-
cit LVD. CHARONDAS,
L. I. verisf. C. III. Tom. 1. thes. iur.
civil. pag. 668. placet quoque
GEORGIO CONRADO
CRVSIO, in diatribe ad L.

40. D. de hered. inst. dist. tom. 1.
pag. 672. (*f*) media sententia, ut
nempe iudex, neque acta & proba-
ta per se, neque conscientiam se-
qui, sed exemplum PAVLI in
L. 40. D. de hered. petit. aliorum-
que Ictorum *erciscundorum* siue
miscellionum imitari debeat, quo-
niam, si per se acta sequatur, or-
dini quidem iudiciario, sed non sibi
i. e. viro bono satisfactorius, hanc
vero si sequatur, facile viris bonis
suam religionem probaturus, at sal-
tem ordini iudiciorum satis non fa-
ciurus sit, id quod utrumque ta-
men in iudice requiritur, sed ca-
uendum omnino est iudici, ne, re-
iecta probationum autoritate, suo
sensui, opinioni & adfectui blan-
diatur. conf. STRVV. S. I. C. Ex.
XLIV. tb. V. ibique LYNCKER.
in anal. p. 390. VVLTEI. L. III.
de iudic. c. XI. n. 72. sq. B. REIN-
HARTH. ad Christin. Decis. Vol.
I. obs. VI. p. 9. sq.

ac certum est, nulla probatione opus habet (t), si quidem *scriptum* ius sit (v), quoties vero facti quaestionem, an tale ius existat? coniunctam habet, puta si *non scriptum* ius, aut alias huiusmodi sit, cui praesumptio iuris resistit, ut dubium superesse queat, an tale ius constitutum sit (x)? probatio iuris quoque necessaria est, quae quidem probatio, si inde super actione vel exceptione litis decisio dependet, statim etiam ante litem contestatam peragenda est (y). Cum vero in rebus apertis (z) argumentari tam sit stultum, quam in clarissimum solem mortale lumen inferre (a), facile intelligitur ratio, cur factum *notorium* probatione non indigeat (b), sed solum adlegatione, si de eo ex actis non constet, opus sit (c), nisi vel ipsa *notorietas*,

(t) L. 2. D. de iur. & fact. ignor. cap. 44. X. de appellat. THOMAS. de fide iurid. cap. 2. §. 34.

(v) Vnde adleganti legem scriptam, ne quidem observantiae eiusdem probatio incumbit, ill. DN. LEYSER. med. ad Dig. spec. CCLVI. m. 1. WERNHER P. I. O. CCCXVI. & quamvis explicatio aut applicatio legis dubia esse possit, eius tamen probatio partibus imponi nequit. LEYSER c. l. m. 2. sed curia iura eorumque adplicationem nosse debet. STRVV. Ex. XXVIII. thes. VI. LAVTERBACH. tit. de probat. §. XXI. B. PVFENDORF intr. ad proc. brunsvicob. P. III. c. III. §. XI. pag. 356. & §. XIII. p. 359. ubi igitur de facto liquet, iudex quaestionem iuris ventilare non permittit. ME V. P. II. D. XXVIII. P. III. D. CCCXIII. BRVNEM. proc. sin. cap. 1. §. 133.

(x) V. c. si quis in iure speciali siue privilegio se fundet, hoc probare tenetur, est quoque facti quaestio, an usus iuris alicui prohibitus, aut eidem renunciatus sit. L. 5. pr. D. de probat. CHRISTIAN. THOMAS. de fide iurid. cap. II. §. 34.

(y) ME V. Part. III. D. CCCXIII.

(z) Siue ex confessione aduersarii, siue haec vera, siue ficta sit, cap. 2. de Confess. in 6to siue alio modo ad liquidum perductum quid sit, perinde est.

(a) LACTANTIUS L. V. instit. orat. cap. XII.

(b) Cap. VIII. X. de cohabit. cleric. cap. 23. X. de elect. & elect. potest.

(c) LAVTERB. coll. theor. pract. tit. de probat. §. XXIV. STRVV. S. I. C. Ex. XXVIII. ib. IX.

tas (d), vel quaedam facti notorii *circumstantiae*, quae ad decisionem causae faciunt, in dubium vocentur, simulatque enim factum vel eius circumstantia ab aduersario negatur, iudici facultas non est, ut ex animi sui sententia statuere queat, quid firma opinione credendum sit nec ne (e)? cum nemo non intelligat, fidem vacillantem ac titubantem non persuadere (f), quem in finem tamen, cum omnis probatio vnice suscipiatur, recte ex eo cogi videtur, ex sola aduersarii negatione omnem facti in iudicium deducti probationem dependere, siquidem tale non sit, pro cuius veritate leges praesumunt (g), aut alter fundamentum *intentionis* simul in eo non posuerit: hoc enim, ceu nihil profuturum, in probatione plane reiiciendum est (h), fundamentum vero intentionis is semper probare tenetur, qui illud ponit, siue *actor* siue *reus* sit, non etiam is, qui eidem contradicit, vnde hoc sensu *affirmanti* non *neganti* probationem incumbere recte adseritur (i).

§. V.

(d) Ergo licet non veritas, tamen ipsa notorietas in dubium vocata probanda est. WERNHER comp. iur. L. IV. tit. XV. §. 3.

(e) L. 3. §. 2. D. de testibus.

(f) HUBER praelect. ad D. tit. de probat. §. 2.

(g) Iuris praesumptionis hic effectus est, ut onus probandi in aduersarium transferat.

(h) L. 21. C. de probat. MEV. Part. VIII. D. XXVII. n. 5.

(i) L. 2. L. 23. C. de probat. L. 10. in fin. C. de non numer. pecun. an is, qui fundamentum intentionis in negatiua ponit, a probatione immunis sit, in vtramque partem disputatur, qui negatiuam tuentur sententiam, hac ratione inprimis vtuntur, quod, cum per rerum naturam in *negantis* potestatem, vel

plane non cadat, vel saltim difficile sit, ut probare directo queat, quod negat, L. 23. C. de probat. cap. 23. X. de elect. & elect. potest. ei quoque probatio, solo casu, quo eam sponte in se suscepit, ut in L. 10. D. de stipulat. imponi non debeat, etiamsi in ea se fundet, Ill. LEYSER med. ad D. spec. CCLV. m. 1. 2. 3. nisi negatiua praegnans sit, quae implicite ad firmat, ut in L. 5. §. 1. D. de probat. L. 5. C. de codicill. cap. 5. x. de renunc. Idem c. l. med. 4. add. STRVV. S. I. C. Ex. XXVIII. th. 6. quod enim is, qui negando implicite quid affirmat, probare teneatur, tantum non omnes consensu in vnam eunt sententiam, vid. PVFENDORF intr. ad proc. brunsvico luneburg. P. III. C. III. §. 14. p. 358. v. c. si actor.

§. V.

LEGITIMA PROBANDI RATIO ET MODVS PER
ARGVMENTA IDONEA.

Ex eo autem, quod non omnis probatio, sed illa solum ad persuadendum seu fidem iudici faciendam apta est, recte concluditur, probationem secundum *rationem* & *leges* sic peragendam esse, ut ex legitimis & idoneis argumentis, saltem *moraliter*, siue quatenus in hominum potestatem cadit, quid verum, quid parum probatum, iudici persuasum sit, licet is, cui probatio incumbit, *apodictice* siue *mathematice* demonstrare veritatem non quiuerit, ut omne prorsus dubium exemerit. Ut autem similitudo veri vel veritas ethica demonstretur, argumentorum idoneorum compositione opus est, quorum duplex ratio est, quaedam enim in re vel causa ipsa seu in eo ipso, de quo quaeritur, inhae-

actor se fundet in nichthaltung des contracts. CARPZOV P. I. C. X. D. XVIII. LYNCKER anal. ad STRVV. c. l. p. 262. sed iam illud non in quaestione versatur, verum hoc, an propositio, quae ex vero negatiua est, probari queat ac debeat, quam multi adfirmare non dubitant, quorum plerique, quibus haec adfirmatiua placet, COCCETTI vestigia legunt, qui Vol. II. disp. VIII. de direct. probat. negat. id sibi demonstrasse visus fuit, quod negatiua non solum in consequentiam, sed directo quoque probari possit; illud certum est, negatiuam propositionem iuris, si de iure prohibitiuo sermo est, nec ab eo, qui in ea se fundat, probandam esse, ad quam probationem tamen obstrictus est, qui ius permissiuum negat, L. 5. pr. D. de probat. negatiuam autem propositionem, quae

factum continet & indefinita est, per rerum naturam probari non posse, speciose contra COCCETIVM adstruxit Ill. LEYSER. c. l. med. I. circa definitam vero siue determinatam, distinguendum videtur, an quantitatem an qualitatem contineat, illam probare debet, qui in ea se fundat, qualitas vero, quam propositio negatiua continet, vel extrinseca vel intrinseca est, & haec quidem vel accidentalis vel naturalis est, quin extrinseca qualitas, siue temporis siue modi sit, cum directe per testes, tum indirecte per argumenta artificialia probari possit & debeat ab eo, qui in ea se fundat, non facile quis inficiabitur, idem dicendum de negatiua qualitatis intrinsecae accidentalis, si semel de ea constiterit, is vero, qui negat qualitatem intrinsecam naturalem, eam sine dubio probare tenetur.

inhaerent, *arte* vero probantis ex eo, siue e facti visceribus eiusque circumstantiis inter se connexis deducuntur, quaedam vero ad fidem faciendam *extrinsecus* petuntur, illa *artificialium* nomine veniunt, & huius sunt efficaciae, ut iudex firma opinione, rem aliter se habere non posse, siquidem ex *naturalibus* circumstantiis deducantur, credere possit (k), vel id efficiunt, ut res aliqua tam diu pro vera habeatur, donec contrarium ab aduersario demonstretur, siquidem nexus verisimilium rationum, qui ex facti circumstantiis ostenditur, ex quo *praesumptiones* oriuntur, legis habeat adfidentiam. Haec vero, quae *ab extra* siue *extrinsecus* petuntur, *inartificialia* ideo dicuntur, quia ad persuadendum iudici, absque circuitu & opera singularique artificio probantis, apta sunt, siquidem *istestium* depositionibus, *instrumentis*, *iuramento*, aut *oculari inspectione* (l) adsertum suum adstruere velit.

§. VI.

DIVISIO PROBATIONIS IN ARTIFICIALEM ET INARTIFICIALEM, VTRIVSQUE PROBATIONIS CUMV-LATIO VEL ELECTIO PERMISSA.

In hoc argumentorum discrimine innititur distinctio probationis, in *artificialem* & *inartificialem*, quae duo probationum

(k) Vbi argumentum adest necessarium, statui *inficiali* non amplius est locus, sed vel ad *qualitatis* vel ad *translationis* statum confugiendum est. Vid. DESIDER. ERASMVVS ROTERODAMVS in colloquio, cui titulus IXΘΤΟΦΑΓΙΑ, ubi triplicem hunc statum, fabula, quam Dominicanus quidam narrauit, in concione frequentissima, quo sermonis amaritudinem, (nam in die parascēues exponebat mortem domini) iucundiore narratione dilueret, omnium optime explicat: Scilicet virginem sacram oppresserat adolescens, vteri tumor arguit factum, conuocatus est virginum chorus.

praesedit abbatissa, aduersata est, *inficiali* statui non erat locus, argumentum erat *necessarium*, confugit ad statum *qualitatis*, nisi maius, *translationis*. Oppressa sum at valentiore, at saltem exclamasses. Fecissem, sed in dormitorio nefas est soluere silentium.

(l) Haec vel ideo ad probationem, quae argumentis inartificialibus peragitur, recte refertur, quia re ipsa non differt a probatione, quae fit per testes, de aliis probationibus, iure teutonico antiquo usitatis quae hodie ab usu recesserunt, vid. HEINECC. Elem. iur. Germ. L. III. §. CCXXIX sq.

num genera non solum *electiue*, sed *cumulatiue* quoque concurrere possunt, quia in libero partium arbitrio positum est, an vnum vel alterum probationis genus eligere, an vtrumque cumulare (m) velint. Nam libertas haec variandi & eligendi iure iustiniano nec certo tempori adstringitur, nec alia ratione limitatur, quia igitur nullus in iure romano *terminus probatorius*, intra quem probatio stricte absolui deberet (mm), constitutus est, sequitur, vt tam actori, quam reo, binis, imo tribus etiam vicibus, probatione vti liceat, modo testium productio, antequam attestata publica fierent (n), documentorum autem productio, etiam post terminum probatorium (o), ante conclusionem in causa facta fuerit (p). Cumque nihil non liceat, quod vetitum non est, facile

(m) Haec cumulatio non solum super diuersis circumstantiis probandis, sed super eadem quoque circumstantia permessa est, siquidem diuersa probandi media sibi adminiculantur, vti testes, instrumenta & ocularis inspectio, SCHAVMBVRG, *princip. prax. iudic. L. I. sect. I. m. III. §. VI. pag. 152. de iuramento* vid. not. sq. (ss)

(mm) Temperamentum, quod **DIOCLETIANVS & MAXIMIANVS** addiderunt in *L. I. C. de dilat.* iudicem tantum instruit, quodnam temporis spatium dilationem petenti indulgere debeat.

(n) *Novella XC. cap. IV. Auth. at qui semel C. de probat.* quarta dilatio & productio testium non aliter concessa fuit, quam si is, qui eam postulauit, se neque attestata testium didicisse, neque dolo se productionem hanc quartam petiisse, iuramento confirmauerit. *cit. Auth. at qui semel C. de probat.* eodemque iure in patria mea

vtuntur, vid. *Reformat. Francosurt. Part. I. Tit. XVIII. §. IV. & tit. XXVIII. §. VII.* id quod etiam per sententiam ei iniungitur, in haec verba: Würde N. N. zufoerderst mittelst eydes erhalten, vnd dass er von der ersten zeugen aufflage noch keine Wissenschaft erlanget, sein ansuchen auch nicht zu verzoeigerung der sache, sondern aus wahrer nothdurfft geschehen, mithin er dabei keine gefaehrliche intention habe, schwoehren, so wird ihm die vorgeschlagene zeugen, vber die beweis articul annoch abhoeren zu lassen, billig verstattet. V. R. W.

(o) Cessat enim metus subornationis vid. *Reformat. Francos. Part. I. tit. XXXI. §. XVII.* aliud in saxoniam obtinet. vid. *SCHILTER Exercit. ad π. LXXV. §. XX. sq.*

(p) *Illustr. LEYSER. spec. CCLXI. med. I. in Reform. Francos. Part. I. tit. XXXI. §. III.* idem *fanci-*

facile intelligitur ratio, cur in foro iuris communis iuramenti delatio, non solum in litis exordio, sed in progressu quoque, in

sancitum, post conclusionem tamen ante sententiam productio documentorum admittitur, modo producturus, siue aduersarius petierit, siue non, iuramentum praestet; das er solche instruments, brieffe vnd vhrkunden erst in neuligkeit vnd nach beschluß der sachen, erfahren vnd bekommen, vnd also aus keinen gefaehrdet, noch seinen gegentheil dadurch in kosten zu führen, sondern allein zu seiner nothdurfft begehre. Si iuramentum praestare nolit, iudex tamen adhuc admittere potest instrumenta, im fall die schein dieselben auffrichtig, vnuerdaechtig vnd der sachen dienstlich befinden, non tamen prius, quam si expensas produciens alteri parti refundat. *cit. tit. XXXI. § IV.* post rem iudicatam vero, ne nouiter quidem reperta instrumenta amplius admittuntur *cit. tit. XXXI. § V.* in saxoniam vero & aliis prouinciis, in quibus terminus probatorius generaliter est definitus, ad eundem productio quoque instrumentorum, sub poena desertionis, adligata est, idemque dicendum, si certus dies eum in finem praestitutus fuerit. *Illustr. Dn. LEYSER. med. ad Dig. spec. CCLXI. med. 2 sq.* in iudiciis quoque electoralibus brunswicensibus requiritur, vt probaturus intra terminum ad probandum praefixum, terminum ad exhibenda originalia extrahat, P V F E N D O R F. *intr. ad. proc. ciu. Brunswic.*

Luneb part. III. Cap. VIII. §. VIII. p. 428. quem, parte etiam non petente, iudex *ex officio* praefigere potest. Idem *c. l. §. XXVIII. pag. 438.* Iure camerali in recessu imperii nouissimo de A. MDCLIV. §. *beneben bleibt 35 §. haette dann der Klaeger 39. §. wenn nun der beklagte 45.* actor secundum arbitrium suum, documenta, quibus actionem probare intendit, vel statim *libello* & supplicationi pro processibus *adiungere*, vel in termino *reproductionis* ac *replicarum* eadem producere potest, quo eodem iure bremenses & verdenses vtuntur P V F F E N D O R F *p. III. c. VIII §. V. § VI. pag. 426. sq.* quod autem iure electorali brunswicensi, de documentis ab actore in primo termino ad oralem audientiam producendis, sancitum est, praxin non semper seruare, testatur Idem *c. l. §. VII. pag. 427.* secundum ordinat. processus hasso-darmstadinam *Part. II §. II. pag. 46.* inductio intra terminum probatorium, vel si cumulative per testes & documenta probatio suscepta sit, saltem in primo, post publicationem rotuli, termino, sub poena reiectionis fieri debet, in plerisque foris iuris communis, hanc productionem prorsus negligunt, sola communicatione copiarum contenti, si altera pars veritatem earum in dubium non vocauerit. Quod ad modum productionis attinet, in saxoniam in processu ordinario, contentis

in quacunque iudicii parte (q), vsque ad sententiam definitiuam, siue aliquid, siue nihil probatum sit (r), siue etiam probaturus in probatione defecerit (s), permissa sit, quo iure hodie etiam utimur (ss), nisi singularium rerumpublicarum teutonicarum iuribus restrictio facta sit.

§. VII.

INSTRUMENTI SIGNIFICATIO DIVISIO
FIDES.

Cum ad *inartificialem* probationem ea quoque referenda sit, qua quis per *instrumenta* iudici fidem facere intendit, ante omnia, quid per instrumenta intelligatur? significandum est. Tametsi autem primo omne id, quocunque quis, vel ad exercendum artificium certamque negotiationem instruitur (t), nec

non

tentis instrumentorum certis articulis inclusis, ipsa documenta subiunguntur in haec verba: *vorstehender articl wird bewiesen durch das document sub A, sed in processu executiuo productio sine articulis fit: Klaeger wolle hiermit die schuldverschreibung, worauf er klaget, produciren und wie beklagter solche recognosciren werde, erwarten.* Extra saxoniam vsus articulorum in ordinario quoque processu, in probatione per instrumenta, incognitus est. vid. infr. §. XXI.

(q) L. 12. in fin. C. de reb. cred. LYNCKER. dissert. de fatalibus §. 96.

(r) L. 25 §. pen. D. de probat. L. 35. pr. D. de iur. iur.

(s) LAVTERBACH. coll. g. theor. pract. 111. de iur. iurando §. 63. & 86

(ss) An super eadem circumstantia probatio per testes, instru-

menta & iuramenti delationem cumulari queat, non omni dubio exemptum est. Quia enim apud germanos nullo non tempore iuramentum, tanquam supplementum aliarum probationum non admissum fuit, quamdiu testes vel instrumenta adessent, quibus veritas ostendi potuit, HEINEC. Elem. Iur. Germ. L. III. §. CCXIV. haec diuersa probandi media se inuicem destruere videntur, SCHAVMBURG c. 1. not. * p. 153. in saxonia hanc cumulationem non admitti, certum est, quae vel reicitur. und hatt die bei dem 12. 13. 14. beweis articl unternommene eydes delation nicht statt, vel probaturo declaratio iniungitur: ober bei der eides delation bleiben oder diese fallen lassen, und der zeugen oder documenten sich bedienen wolle

(t) L. 9. §. 6. D. de usufr. L. 9. §. 1. D. de edendo L. 6. §. 2. eod.

non adparatus rerum diutius mansurarum, sine quibus possessio rerum exerceri nequit (v), instrumentorum nomine venit, deinde omnia media, quibus causa instrui potest, & ideo *testimonia* quoque & *personae* instrumentorum loco habentur (x): tamen vterque significatus non est huius loci, verum specialis ille, quo instrumentum vocatur *scriptura*, in qua non ipsa quidem res geritur, sed tamen rei gestae testimonium in eam confertur (y), quae quidem vel *publica* vel *privata* est. Illa vel publica autoritate *conficitur* (z), vel saltem *confirmatur*, cum per *subscriptionem* (a), tum per *sigilli adpositionem* (b), deinde per *translationem* in monumenta publica factam (c), haec vero priuatorum autoritate vnice innititur (d). Siue autem publi-

B 3

cum

(v) tot. tit. D. de instr. vel. instr. legat.

(x) L. 1. D. fide. instr.

(y) L. 12. C. de probat. cum doceat scriptura, quid in illa contineatur, *documentum* quoque vocatur. *auth. si quis* C. de edendo, *auth. si quis vult*, C. qui pot. in pignor. Olim apud langobardos, francos & saxones nomen *chartarum* tritum fuit, quae postea stylo forensi in vernacula *handseften*. vid. *Ius prouinc. Alemann.* cap. CCCLXXXIII. § 9. §. 9. vel *Brieffe*. vid. *Ius prov. alem.* cap. CCXCIX. §. 2. nuncupatae sunt, hodie praeterea nomine *der Vhrkunden* designantur.

(z) Cap. 2. X. de fid. instr. v. c. acta publica & tabulae censuales L. 10. D. eod. apochae publicae. t. C. de apoch. publ. instrumenta a tabellionibus rite constitutis, L. 17. C. de fid. instr. hodie a notariis confecta. vid. *refor. Francofurt.* Part. 1 tit. XXXI. §. VI.

(a) L. 17. C. de fide instr. instrumentum priuatum quoque a tri-

bus testibus subscriptum publicis instrumentis quodammodo aequiparatur. L. 11. in fin. C. qui pot. in pign.

Nam cautio priuata trino cum teste notata.

hoc ius est natia, quod cautio publica facta.

(b) cit. cap. 2. X. de fid. instr.

(c) L. fin. C. de re iudic. hinc diplomata & notitiae ex archiuo publico depromptae pro publicis habentur. *Auth. ad haec.* C. de fide instr.

(d) Ad priuatas scripturas referuntur, 1) *pistolae*, siue, vt in florentinis pandectis constanter legitur, *epistolae*, per quas, secundum LABEONEM apud PAVLVM in L. 2. D. de pact. inter absentes conuenit, aliaque negotia, vt GAIVS in L. 2. §. 2. D. de obl. & act. loquitur, inter absentes contrahuntur, cuius vero sit epistola, an eius, qui mittit, an ad quem missa est, VLPIANVS in L. 14. §. 17. D. de furt. disquirat. 2) *libri rationum*,

cum, siue priuatum sit instrumentum, non solum aptitudo quaedam, ostendendi veritatem & suo modo persuadendi, ei inhaeret, sed id quoque efficit, vt iudex in eam opinionem adducatur, qua credit rem ita se habere, quae *aptitudo* pariter ac *opinio* a Ictis *fides* vocatur. Quandoquidem vero nullum instrumentum legitimam fidem facere aptum est, nisi instructum omnibus iis, quae leges, cum ad *formam* & *substantiam*, tum ad *solemnia* deponunt, producat, & is, contra quem fidem facere debet, veritatem eius agnoscat; breui nunc de *requisitis* instrumentorum, eorumque *productione* & recognitione generatim dicam; deinceps prolixius sigillatim de *recognitione*, quae fit *per testes* & *literarum comparisonem*, dispecturus.

§. VIII.

INSTRUMENTORVM FORMA GENERICA ET SPECIFICA.

Vt instrumenta sola ad fidem plenam faciendam sufficiant, *primum* omnium requiritur, vt a persona fide digna confecta sint, quandoquidem vero exemplo perniciosum est, vt ei scripturae credatur, qua vnus quisque sibi adnotatione propria debitorem constituat (e), facile perspicitur ratio, cur instrumenta ab alio confecta esse debeant, quam ab eo, qui per ea iudici fidem facere vult, vnde rationes, quae in bonis defuncti inue-

num, qui continent *data* & *accepta* L. 6. §. 3. D. de edend. seu, vt mercatores hodie loquuntur, *debet & credit*, siue in vernacula, *soll und soll haben*, & vel ex necessitate officii, tam *publici*, quam *priuati*, vel libera voluntate, a quouis patre familias conscribuntur, in vernacula vocantur *die Handbücher*. STRVV. S. I. C. Ex. XXVIII. 1b. 23. porro huc pertinent 3) *chir-grapha* super negotio vnilateralis confecta. L. 14. C. de non num. pec. 4) *Syngraphae* super bilateralis negotio consignatae. vid. *refor. francof. Part.*

1. tit. XXXI §. XI. sq. 5) *Apochae*, quibus sibi solum fatentur creditores, L. 19. C. de fid. instr. 6) *Antapochae* siue *reuersales*, quibus debitor se soluisse, & ad hanc praestationem sese obstrictum esse, fatetur. cit. L. 19. C. de fid. instr. vid. HORN. de *antapscha Vitemb.* 1708. de bacillis fissis von ausgeschnitten oder kerffzeddel vid. *refor. francof.* cit. tit. XXXI. §. XIV. sq. add. STRYCK. pec. differt. Vol. III. differt. *francofurt.* 9.

(e) L. 7. C. de probat.

inueniuntur (f), aliaque instrumenta domestica, aut priuatae testationes, seu adnotationes, si non aliis quoque adminiculis adiuentur, licet contra scribentem probant (g), pro eo tamen ad probationem, tantum abest, ut solae sufficiant (h), ut ne fiscus quidem, neque alius quilibet ex suis subnotationibus debiti probationem praebere queat (i), etsi in vltima voluntate defunctus certam pecuniae quantitatem aut etiam res certas sibi deberi significauerit (k), praeterquam, si lex aliqua vel consuetudo extra ordinem scripturae, vim fidem faciendi attribuerit (l). Deinde necessaria est instrumentorum *integritas*, tam quod ad *formam externam*, quam quod ad *tenorem & sensum* eorum; simulatque enim adlegari quidquam potest, quo offuscari possit instrumentum, illud confestim vires suas amittit, etiamsi publicum sit (m), cumprimis si vitium statim in oculos incurrat (n), quod ipsa negotii substantialia respicit (o). *Sensus*

(f) L. 6. C. eod.

(g) L. 26. in fin. D. depos. L. 25. § ult. D. de probat. MEV. P. V. D. CCCXCVIII. n. I. sicut contra tertium nuda scriptura non probat, vid. LEYSER spec. XCLXXIV. & CCLXXV. nisi in antiquis, LYNCKER. Vol. I. resp. LXXIII. n. 9. sq. ita nec pro eo probat. STRVV. S. I. C. Ex. XXVIII. 2b. 26

(h) L. 5. C. de probat.

(i) cit. L. 7. C. de probat.

(k) cit. L. 6. C. eod.

(l) Sic mercatorum libri hodie in plerisque locis, vid. Reform. francof. Part. I. tit. XXXI. §. XII. & XIII. vbi opificum libris & registris eadem vis tribuitur, semiplenam fidem faciunt. vid. PVFENDORF. inr ad proc Brunsvic. Luueb. P. III. c. VIII. §. XXV p. 434. Parentum quoque adnotationes & professiones siue ad-

sertiones, siue ore, siue scriptis factae, ut inter liberos probent, cum optimae, quae pro parentum affectu capitur, praesumptioni, tum debito obsequio & reuerentiae liberorum conuenit. L. 9. D. de obseq. parent. praest. modo verba non sint tantum *enunciatiua*, aut falsitas scripturae non probetur, MEV. Part. IV. D. CCXXXIII. nec de parentum voluntate, liberis iura sua auferendi, vel imminuendi, adpareat. vid. MEV. Part. V. D. LXVII. n. 10. sq.

(m) LYNCKER. Vol. I. resp. CXL. n. 89.

(n) Ergo scriptura interlinearis, marginalis, cancellatio, litura, rasura, & quae sunt alia huius generis scripturae menda, L. 24. de probat. vid. LEYSER spec. CCLXXXI. med. 1. sqq. instrumentum suspectum faciunt.

(o) cap. 3. X. de fid. instr.

ius autem *integritas* ex eo aestimatur, an ita comparatum sit instrumentum, ut illud probet, quod probare debet (p). Quare & *referens* absque *relato* probat, si orationem perfectam & idem,

(p) Ergo non praecise integra documenta producenda, sed sufficit clausula concernens. *Cup. 5. X. de fide instr. vid. Praesid. dissertat. de edit. instrum. not. 51. Add. Ill. LEYSERVS spec. CCLXIII. med. s. sq.* Equidem ICTi halenses, mense maio MDCCXLII. in causa des stadtraths zu franckenhause contra Io. Henrich Wischen, pronunciarunt: das beklagter das sub lit. A. fol. act. 112. per extractum angeführte documentum, bewandten vmbstaenden nach, in extenso zu produciren gehalten, reformarunt autem hancsententiam ICTi Vitemb. eodem anno mens nou. das beklagter das fol. 112. sub A. inducirte documentum anderweit in extenso zu produciren nicht schuldig, klaegern iedoch seine diesfalls habende exceptiones bey dem hauptverfahren an und auszufuehren unbenommen: & quidem ob rationes sequentes: Obwohl &c. zumahlen das document sub A. von beklagten nur stückweise inducirt worden, welches ohne den obigen inhalt weder etwas erweise, noch von klaegern zu recognosciren waere, cum integrum documentum, cuius recognitio petitur, producendum sit, nec sufficiat extractus, RIVINVS ad O. P. S. tit. XXV. n. II. über dem zu praesumiren, das in dem übrigen inhalt besagten documents die concessio des mühlenbaus enthalten, und solche keines wegs

zum nachtheil und schaden derer klaeger ertheilet worden, bekl. sich auch dadurch verdaechtig mache, das er bis dato nicht getrauet seine concessio zu produciren, überhaupt aber, nach dem allegirten CARPZOVIO P. I. c. 17. D. 5. der iudex zu arbitriren habe, wie weit die productio instrumenti pro parte zum beweis hinlaenglich sey, folglich beklagte, nach dem rechtlichen auspruch fol. 154. obliege, das document in extenso zu produciren D. A. V. D. - - Hiernaechst auch beklagter nicht schuldig, das per extractum producirt document sub A. nochmahls in originali & extenso zu produciren, non enim quis cogi potest, ut integrum originale producat, arg. L. 16. §. 22, D. de edendo cap. 5. X. de fide instrum. L. 11. C. de pact. MÖLLER ad constit. Elect. 17. P. I. n. 16. BERLICH P. I. concl. 43. n. 24. zumahl, wenn der extract des documents zum beweis des articuls, wobey es inducirt worden, hinlaenglich, veber dieses auch gegenwaertig beklagter das original vom document sub A. nicht selbst in haenden hat, mithin dessen edition von ihm nicht gefordert werden kan, klaeger aber, wann sie noch etwas wider das document zu erinnern haben, solches beym verfahren über beweis und gegenbeweis, an und auszufuehren unbenommen bleibet &c.

dem, quod relatum, complectatur (q), cum enim hac ratione de veritate eorum, quae instrumentum relatum comprehendit, satis liqueat, nec vlla dubitatio superesse possit, nulla sufficiens causa adest, ob quam relati exhibitio flagitetur (r), cumprimis si *relatum* instrumentum per *referens*, vel *sublatum* prorsus, vel saltem *transformatum* sit (s), quamvis ex regula, si quis in aliquo documento mentionem faciat alterius documenti, nulla ex hac memoria fieri possit exactio, nisi aliud documentum, cuius memoria in secundo facta est, proferatur (t). Ad formam autem *specificam* instrumentorum quod attinet, *publica* confici debent, adhibitis *solemnitatibus*, quas leges requirunt (v), quae in dubio praesumuntur, quia duplex & *veritatis* & *solemnitatis* praesumptio pro instrumento publico militat, donec contrarium probari queat (x), contra *solemnitas* instrumentorum *privatorum* a voluntate & libero arbitrio eorum dependet, a quibus conficiuntur (y), so-

(q) STRVV. S. I. C. Ex. XXVIII. th. 30.

(r) Illustr. LEYSER. med. ad D. spec. CCLXIV. med. 1. § 2.

(s) Idem c. l. med. 6. non igitur calculum meum denegare possum BERGERO in El. proc. exec. th. 10. & WERNHERO selectar. obseru. Part. II. obs. CLXXXVII. qui ex huiusmodi instrumento processui executiuo locum concedunt.

(t) Nou. CXIX. C. III. § Auth. si quis. C. de edendo.

(v) vid. HEINEC. el. iur. germ. L. III. §. CCIV. de charta signata vid. LEYSER. spec CCLXII. m. 1. §. & LYNCKER. decis. DCCCCLXXV. de requisitis instrumentorum, quae a notariis conficiuntur, vid. constit. Maximiliani I. de anno MDXII. de instrumentorum iudicialium requisitis vid. SCHAVMBVRG in princ. prax.

iurid. iudiciar. Lib. 1. in prolegom. §. XV. §. p. 10. §. quoniam vero instrumenta ex registraturis siue protocollis, quae etiam imbreuiaturae vocantur, conficiuntur, cauendum omnino est, ne aliquid negligatur, quod fidem protocolli minuere queat. vid. HERTEL de re gestis iudicialibus. BERGER. oec. iur. lib. IV. tit. VI. not. 9 SAM. STRYCK. Vol. II. disp. franc. IX. de iure protocolli. AVGVST. BENEDICT. CARPZOV. de protocollo. SIBRAND de protocollis collegiorum eorumque probat. in fine. Add. Potent. M. Britann. Regis GEORGII II. Justitz reglement. de A. MDCCXVIII. §. 1. Cap. II. Corp. Constit. Calenb pag. 528.

(x) L. 18. C. de probat. Nou. LXXIII. c. 3. an iuramenti delationi locus sit? vid. SCHAVMBVRG. c. l. §. XIII. not. 5. pag. 9.

(y), solo *rationum* codice excepto, quem sic confici oportet, ut diem & consulem contineat (yy), quoniam accepta & data non aliter adparere possunt (z).

§. IX.

INSTRUMENTORVM ORIGINALIVM PRODVCTIO.

Quia de forma instrumenti & qualitate, ad fidem faciendam necessaria, constare nequit, nisi producat, seu *in originali* conspiciendum exhibeatur (a), facile perspicitur ratio, cur non sufficiat, si *exemplum* sine *authentico*, seu ut pragmatici loquuntur, *copia* (b) sine *originali* proferatur. Ex quo porro sequitur, ab eo, qui originalium exhibitionem petit, frustra

(y) L. 34. §. 1. D. de pign. nulla tamen scriptura priuata sine subscriptione probat, LYNCKER. *resol.* XCII. MARTA *digest. nou. tom.* 1. tit. *sigillum* c. X. p. 461.

(yy) Apud teutones nullam scripturam valuisse, nisi in qua annus & dies euidenter ostenditur, lex alamannor. tit. XLIII probat.

(z) L. 1. §. 3. D. de edendo Liber ergo *rationum*. qui hoc requisito destituitur, nec vna serie compaginatus est, non caret suspicione. LAVTERB *coll theor. pract tit. de fide instr.* §. XLIII. de *rationariis praefecturarum* von Ambtsbuchern vid. dissert. SIMON. CHRISTOPH. VRSINI. francos. ad viadrum A. DCLXXXI.

(a) Idque actualiter fieri debet, nam ea neglecta, probatio deserta sit, ubi scilicet ad certum terminum probatorium adstringitur supr. §. VI. not (p) siue autem *immediate* ab ipso principali, siue *mediate* per procuratorem producat, per

inde est, neque ad productionem, ut ad recognitionem, vid. infr. §. XIII. speciale mandatum requiritur, quia productio ex iuris necessitate fit, adeoque a principali regulariter declinari nequit, WERNHER *Part. V. obs CV*

(b) Nudae copiae sine dubio non probant, *Reform. francos. Part. I. tit. XXXI. §. VIII.* neque etiam transumpta siue copiae a notario *vidimatae*, regulariter probant. L. 2 D. *fid. instrum.* L. 5. C. *eod.* nequidem in *antiquis*, nisi copia a notario scripta sit, TABOR. *Decis.* LXII. n. 29. §9 vel alias de manu scribentis constet, LYNCKER. D. CCLXVII. aliaque adminicula concurrant, ill. LEYSER. *spec.* CCLXI. m. VI. nam vtiue praesumptio, nem aliquam faciunt, gebaeren eine glaubwürdige vermuthung vor den producenten. *Ref Francos. Part. I Tit XXXI. § VII.* conf. GEORG. ENGELBRECHT dissert. de exemplis von copeyen,

stra iuramentum calumniae exigi (c). Quemadmodum vero productio siue exhibitio documenti in originali non cadit in potestatem probantis, quoties illud vel *amissum*, vel penes *tertium* existit, ita nemo non intelligit, quod, amisso instrumento, aliis argumentis fides facienda sit ab eo, cui probatio incumbit (d), quatenus enim scriptura essentiam negotii non ingreditur (e), non obesse debet amissio instrumentorum ei, qui aliis probationibus ad negotii veritatem probandam idoneis, instructus est (f), quia iniquum foret, ipsi causae per amissionem scripturae praecidium comparari (g). Vnde non immerito CICERO adculatori Graccho exprobrauit, quod fidem habere noluerit testibus, sed tabularum combustarum productionem flagitauerit, quem sic „adloquitur (h): Hic tu tabulas desideras heracliensium publicas, quas italico bello, incenso tabulario, interiisse scimus „omnes. Est ridiculum, ad ea, quae habemus, nihil dicere, „quaerere, quae habere non possumus, & de hominum memoria tacere, literarum memoriam flagitare. Quanquam autem, ut, amisso instrumento, veritas *manifestis & evidentibus* probationibus ostendatur, leges (i) requirunt, nemo tamen probatione nimis rigida, qua ad probandum ultra id, quod in potestatem eius cadit, adigitur, onerari debet (k), quid? quod

C 2

concur-

(c) Idem *cit. spec. CCLXI. med. VI.*

(d) L. 5. C. de *fid. instr.*

(e) Secus si negotii essentiam ingreditur, seu ipsum negotium scriptura constat, vid. IO. BERNARD. FRIESE. *de negotiis scripturam requirentibus* huius enim amissio nocet, nisi praeter existentiam & amissionem, vid. LEYSER. *spec. CCLXXXII. med. 9. & 10.* simul tenor instrumenti amissi probari queat. L. *unic. D. si tab. test. ex tab.* instrumento vero ab adversario furto substracto, nullis indiciis, nedum probatione, ad ipsius negotii veritatem demonstrandam,

opus est, modo ipsius instrumenti furtum probetur. L. 20 C. de *prob. Ill. LEYSER. spec. CCLXXXII. med. 5 sq.*

(f) L. 1. L. 7. C. de *fid. instr.*

(g) L. 8. C. *eod.* ex regula tamen teutones olim probationem per instrumenta & chartas, testium effatis praetulerunt. vid. *ius Prou Alem. Cap. CCXCI. § 2. HERT. L. 1. paroen. iur. germ. XXVII. Vol. I. tom. III. op. pag. 426*

(h) Pro ARCHIA *poeta cap. 10.*

(i) *cit. L. 1. & 7. C. de fid. instr.*

(k) Dn. LEYSER. *spec. CCLXXXII. med. 1. sq.*

concurrentibus coniecturis, quae similes veri sunt, suppletorio iuramento locus concedi potest, si iuraturus vir existimationis integrae fuerit (l). Quod si non quidem amissum sit instrumentum, attamen penes tertium istud reperiat, de *editione* eius laborandum est, petenda ab eo, qui instrumento opus habet, (m), siue aduersarius, contra quem probatio suscipitur (n), siue tertius id detineat, qui, si subditus fuerit, per mandatum *compulsoriale*, per literas vero *mutui compassus*, siquidem forensis sit, ad editionem inuitus cogitur (o).

§. X.

**RECOGNITIONIS DEFINITIO ORIGO FUNDAMENTVM
ET NECESSITAS.**

Qui documentum, quod in originali exhibitum est, veritatem, praeuia inspectione & relectione, agnoscit siue adprobat, atque adeo instrumentum non falsum, sed verum esse fatetur, is *recognoscere* illud dicitur (p). Neque tamen relectio, saltem hodie, vtut plerumque coniuncta sit, absque ad recognitionem requiritur, cum sola inspectio sufficiat (q). Est igitur *recognitio*

(l) Idem c. l. med. 7. § 8.

(m) Iure communi ante litem contestatam peti potest, neque tamen iudex absque petitione eam ex officio decernit vid. Praef. diss. de edit. instr. n. 79. § 86.

(n) vid. Reform. Francofurt. Part. I. tit. XXXI. §. 20.

(o) Reform. francofurt. c. l. §. XXII.

(p) L. 15. §. 1. D. de reb. auct. iud. poss. L. 56. pr. D. de V S. ibique GOEDDEVS pag. 578

(q) Hinc literarum quoque imperitus recognitionem recusare nequit, siue de forma instrumenti externa, siue de contentis eiusdem

sermo sit, quia agnoscendo ipsum debitum, instrumenti quoque super eo confecti contenta agnouisse videtur. CARPZOV. L. III. resp. LXXIX. & P. III. Dec. CCXXIII. LYNCKER Dec. MCCLX. SCHILTER Exercit. ad π. XXXV § XVIII. PVFENDORF. intr. ad proc. ciu. P. III. c. VII. § XXVII. pag. 437. idem dicendum de eo, qui literas quidem callet, sed linguam exoticam, qua scriptum est documentum, non intelligit. Nam, translatione a iurato interprete facta, recognitionem detrectare nequit; eum in finem in Saxonia electorali sub poena desertionis copia translata articulis probatoris

tio nihil aliud, quam agnitio veritatis instrumenti, cum ratione *formae externae*, manus scilicet, subscriptionis & sigilli, tum ratione *tenoris*, siue eorum, quae instrumento continentur. Vt originem recognitionis quiritibus non incognitae (r), ex eorum iure repetam, nulla cogit necessitas. Quandoquidem enim nemo non, qui rationis particeps est, facile intelligere potest, nulli instrumento robur ac fidem faciendi inesse, de cuius veritate aliunde nondum constat, in proclui est ratio, ob quam teutones quoque, eam, ad veritatem instrumentorum quorundam probandam, requisierint, eo iam tempore, quo nondum iuris romani aliquam notitiam habuerunt. Quamobrem non errasse mihi videtur CHRISTIAN. WILDVOGEL, qui (s) eam consuetudine introductam, deinceps legibus scriptis (t) confirmatam, sicque in camera quoque imperiali receptam esse, dicit. Necessaria est haec recognitio, in omni processus genere, siue *criminalis* (v), siue *civilis* sit, quam iudex, deficiente

C 3

toriis iungenda est, O. P. S. R. ad tit. XXV. §. 3. si hoc neglectum sit, pronuntiatur: *dass kläger an dem document sub A, weil er nach vorschritt der erlaeuterung der process ordnung, solches durch einen dollmetscher in die deutsche sprache übersezet, den articeln nicht beygefueget, sich versaeumet*. Extra saxoniam vero electoralem poena desertionis non obtinet, sed recognitio, sub conditione, vt prius vertatur instrumentum in sermonem vernaculum, per vnum, vel plures interpretes iuratos, iniungitur. CARPZOV P. III. Dec. CCXXXIV. n. 12. sq. WILDVOGEL de document. recognit. cap. III. §. V. conf. BLUM proc. cam tit. LI. n. 22. & 23

(r) Vid. LL. not. praec. (p) citat.

add. L. 5. D. fam. ercise L. I. §. 8. L. 15 §. 3. D. ad L. Corn. de fals. (s) Dissert. de recognit. docum. Cap. II. §. I.

(t) Quod etiam factum in Reformat. Francos. Part. I. Tit. XXXI §. IX.

(v) Quoties enim in scriptis delictum committitur, v. c. iniuria, diffidatio, crimen laesae maiestatis, conspiracyonis, falsi cetera, scriptura quoque reus, non tamen prius, quam si eam recognouerit, conuinci potest. L. I §. I. C. ad L. iul. mai L. fin. C. de probat. L. 22 ad L. Corn. de fals. L. 2. C. quor. adpell. non recip. BRUNN. proc. inquis cap. VIII. m. II n. 8 sq. LYNCKER anal. ad STRVV. S. I. C. tit. de accusat. ib. §. p. 486.

ciente iusta eam detrectandi causa (x), per sententiam interlocutoriam imponit (y), siue in *petitorio*, siue in *possessorio*, processu *ordinario*, *summario*, vel *summariissimo* (z) agatur, neque

(x) Praeter falsi exceptionem, vid. WILDVOGEL, *de docum. recogn. Cap. III. §. X. & Cap. ult. §. V.* FRIED. PHILIPPI *de recognit. Doc. Cap. III. thes. II. seq.* duplicem fere ob causam recognitio detrectari potest, 1) quod sit *superflua*, v. c. si documenti publici vel priuati recognitio, sed cuius veritatem quis iam ante, siue *verbis*, siue *facto*, per iudicalem *recognitionem*, vel *productionem* agnouit, denuo petatur, WERNHER. *comp. iur. L. IV. tit. XVIII. §. 3.* quo casu, recognitione denegata, usus documentorum reſeruatur, *Dass beklagter mit recognition derer documentorum sub A. B. & C. als gerichtlichen obrkunden zu verschonen, es bleibt aber producenten sich derselben zu gebrauchen unbenommen*, quia frustra requiritur, quod nihil operatur, neque opus est ei documento fidem conciliare, cui ipse aduersarius fidem habuit, decetque supervacuum omittere & iudicis est lites amputare. WILDVOGEL *de docum. recogn. cap. ult. §. IV.* 2) quod sit *sine effectu* futura puta si documenta, licet recognita, nullam probandi vim, nequidem per indirectum habeant, quae enim documenta recognita non probant, eorum recognitio recte declinatur. WERNHER. *comp. iur. L. IV. tit. XVIII. §. 13* PVFENDORF, *intr. ad proc. Brunsvico-lune-*

burg. P. III. c. VIII. §. XXVI. p. 436. LYNCKER. *resol. Dl. & Dec. CCXLVII.* WILDVOGEL. *de docum. recogn. cap. III. §. L.* ita quidem, ut in sententia simpliciter denegetur: *dass beklagter mit recognition des documents sub O. zu verschonen*, nullo eorum usu reſeruato, quod etiam ad documenta, quae irreco- gnoscibilia sunt, statim ab initio & tempore confectionis, in quibus scilicet vel causa debendi non expres- sa, vel nomen debitoris omissum est, si ostendi non possit, cuius nomine exaratum illud sit, recte ad- commodatur. PHILIPPI *cit. cap. III. thes. II. vid. §. seq. XII. lit. (q)*

(y) Iudex enim arbitrabitur, quando recognitio iniungenda sit nec ne, WILDVOGEL *diff. de recog. document. cap. II. §. I. vid. §. sq. XXII. not. (o)*

(z) Quod probatio per literarum documenta in possessorio ordinario fieri queat, dubio caret. vid. HERT. *de probat. in possessor. sect. I. §. VII. & IX. Vol. II. tom. III. op. p. 302. & 303.* minus quidem saepe hoc probationis genus in *summariissimo* possessorio locum habere potest, nisi super nouissimis possessionis actibus fidem faciat instrumentum, HERT. *c. l. §. IX p. 303.* vel in scriptis alterius possessionem quis factus est, WERNHER. *comp. iur. L. IV. tit. XVIII. §. 7.* quoties tamen

que iuuat productum, si excipere velit, producentem recognitioni renunciaſſe (a). Si praeuia citatione (b) contumax fuerit, comminatur iudex poenam recogniti (c) & perſeuerante in non recognoscendo contumacia, eaque rite adcuſata (d), ſequitur declaratio poenae (e), quae hunc effectum producit, vt exceptiones

tamen instrumentis poſſeſſio probari poteſt, toties quoque recognitio eorum requiritur, neque diſſentientes, vid. RIVIN. *ad O. P. S. tit. XXV. n. VI.* iuuat, quod in hoc iudicio non parti, ſed iudici probatio fiat, negatur enim conſequentia, ergo documenta non ſunt recognoscenda. WERNHER. *c. l.* vid. ſupr §. III.

(a) O. P. S. recog. Tit. XXV. ad §. 3. CARPZOV. *P. I. c. XVII. def. XXIII.* WERNHER. *c. l. §. 10.* WILDVOGEL *de docum. recognit. c. IV. §. I.*

(b) Haec neceſſario requiritur, & expreſſe ad recognoscendum peti debet; WILDVOGEL *de docum. recogn. c. IV. §. III.* poena tamen recogniti & aliae ſimiles ſolis citationibus inſertae contumacibus remittuntur, LEYSER. *ſp. CCLXXVII. m. 2.*

(c) Hac formula: Auff vorbringen vnd erfolgte geſetze, ſo wohl beſchuldigten vngheorſam, in ſachen &c. *daſſ beklagter die ſub ☉. & ☿ producirte documenta, wann ihm ſolche noehmahl in originali vorgelegt werden, einwendens ohngehindert, ſub poena recogniti zu recognosciren, auch, weil er ſolches nicht gethan, die unkoſten dieſes termins &c. klaegern zu erſtat-*

ten ſchuldig. Poenam refundendarum expenſarum auertere poteſt productus, ſi in nouo termino recognitionem tempeſtiue peragat. SCHAVMBVRG. *princ. prax. iudic. L. I. S. I. m. III. C. III §. XV. p. 206.* WERNHER. *P. VI. obf. CCCCXXI.* In camera imperiali haec quoque comminatio praecedat, antequam poena recogniti decernatur, hoc modo: in ſachen &c. iſt von Ambtswegen der beſcheid, *daſſ Dr. N. die beylage lit. A. die 19. Mai, MDCLIX. einkommen, noch in heutiger oder naechſtfolgenden audienz recognosciren, oder diſſitiren ſolle, mit dem anhang, wo er ſolchem nicht nachkommen wird, daſſ alsdenn dieſelbe für bekannt angenommen werden ſolle*: aliquando etiam procuratori poena ordinationis dictatur. PAVL. GAMBS *in comm. ad reſeſſ. imp. nouiſſ §. 39. ad verb. gewoehnlichen praerudiz pag. 452*

(d) WERNHER. *c. l. §. 35.*

(e) Daſſ die documenta ſub ☉ & ☿ pro recognitis zu achten. An ſine praeuia ICtorum ſententia iudex facultatem habeat documentum pro recognito pronunciandi? vid. SCHILTER, *Ex. XXXV. §. XIX.* leutatione autem contraſententiam, quae recognoscendi neceſſitatem impoſuit, interpoſita, licet grauami-

ptiones contra veritatem documenti amittat, (f) faluis tamen in processu ordinario (g) reliquis, quae contenta documenti & vim eius probandi, respiciunt (h).

§. XI.

na irrelevantia fuerint, poena haec cessat, modo leuterans in ipsa leutationis instantia documenta sufficienter recognouerit: nam tunc pronunciatur: *dass es der eingewandten leuterung ungeachtet bey vorigem urthel verbleibet und weil den uebrigens product die beym beweis inducirte documenta zur nothdurfft recognosciret, so hat es dabei sein bewenden und wird nunmehr ueber den gefuehrten beweis billig verfahren.*

(f) Periculosum ergo est, si quis omnino recuset recognitionem, praeter hunc enim effectum, sententia iudicis, qua documenta pro recognitis declarantur, id quoque efficit, ut nullitates, quae ex formalibus oriuntur, sanentur. ZIEGLER, *ad O. S. tit. XXV. ad verb. als wann sie an sich selbst nichtig pag. 114.* vid. §. sq. XIII. not. (r)

(g) Idem dicendum de processu summario in specie sic dicto, in processu vero executiuo statim sequitur condemnatio, BERGER, *oec. iur. L. IV. tit. XXIV. th. 14. pag. 1074.* nisi exceptionibus solutionis vel compensationis in continenti liquidis se tueri possit. Idem in *El. disc. for. tit. XXV. obs. III. n. 17. pag. 165.* WERNHER, *comp. iur. Lib. IV. tit. XVIII. §. 24. & P. IV. O. CIX. CARPZOV. P. III.*

Dec. CCXXXV. BARTH. in hodeg. for. c. III. §. VI. lit. f. pag. 545. vid. §. sq. XIII. not.

(h) Ratio est in procliui, quia enim vera recognitio non nisi faluis exceptionis facta censetur, vid. §. sq. XV. non potest fictae recognitionis effectus maior esse, quam verae, WERNHER, *cit. tit. XVIII. §. 8. SCHAMBURG. princ. prax. iurid. iudic. L. I. S. I. m. III. c. III. §. 19. pag. 211.* Enimvero GAILIVS *de P. P. L. I. cap. XV. n. 14. & 15.* testatur, quod in camera causa statim pro conclusa acceptetur & reus definitiue ad solutionem condemnatur, in haec verba: *in sachen &c. ist das siegel N, tag furbrachten verschreibung und derselben unterschrift in contumaciam für bekant, und allem vorbringen nach zu recht erkannt, dass gedachter beklagter ihm dem kläger die schuld forderung, laut und innhalt seiner klagen dazu die gerichtskosten derhalb auffgelassen, nach rechtlicher ermaessigung, zu entrichten und zu bezahlen schuldig sey, als wir ihn dann hiermit condemniren und verdammen.* PVFENDORF, quoque in *intr. ad proc. civil. huns. lueb. part. III. c. VIII. §. XXXII. pag. 439.* statuit, quod hic quoque poenae huius effectus sit, ut, quae in instrumentis continetur,

§. XI.

*DISCRIMEN INTER PVBLICA ET PRIVATA
INSTRVMENTA.*

Quemadmodum vero ad lites abbreviandas maxime conducit, probationes semper in promptu habere, vix autem promptior ac paratior in probando celeritas esse potest, quam negotii gesti veritatem, his argumentis tueri, de quorum fide iudex ipse statim convictus esse potest, facile intelligitur ratio, cur maiores nostri, actibus iudicialibus generatim multo plus, quam extraiudicialibus fauentes, instrumentorum quoque publicorum, cum primis iudicialium, maiorem in probando rationem habuerint, quam eorum, quae a privato quodam confecta fuerunt, illis enim aptitudinem, per se plene probandi, inesse crediderunt, quam his denegarunt, donec veritas eorum aliunde, vel testimoniis probaretur, vel aduersarius ad eam agnoscendam confessione sua vrgeretur. Quoniam igitur teutones iam inde ab antiquissimis temporibus instrumentis publicis, ob eam, quae pro iis pugnat, veritatis coniecturam, hanc vim tribuerint, vt, sublata falsi nota, sine aduersarii confessione, legitimam iudici fidem per se facerent, non possum calculum meum denegare B. HEI-
NECCIO,

tur, pro confessatis habeantur, sed hanc sententiam, neque locus ex *ord. Trib. Cell. P. II. tit. VIII. §. 6. Cap. II. Corp. Const. Calenb. pag. 118.* adlegatus, cum ibi nihil aliud disponatur, quam quod vltius procedendum sit, *und darauff weiter in rechten zu verfahren*, neque §. *in abwesenheit* ex *tit. LI. ord. cur. prouincial. in Corp. Const. Calenb. c. I. pag. 464.* adductus probat, non enim sequitur, vltior processus locum habet, ergo statim pro confesso habendus & condemnandus est reus, facilius vero admitti potest

sententia LYNCKERI qui *decis. LXVI.* statuit, quod quorundam documentorum recognitione facta, si reus, cui sub poena praeclusi, *darauff haupt/aechlich sich einzulassen, die andere auch NB. sub poena confessi & conuicti zu recognosciren oder zu dissuiren*, iniunctum est, in termino cessat, nihil tunc superfit, quam, vt effectum praeclusionis, quem sibi imputare debet, sentiat, atque pro confesso & conuicto, ratione summae debitae, habeatur.

NECCIO, qui (i) ad reliquias iuris germanici veteris (k) retulit, quod instrumenta publica sine recognitione per se probent (l).

§. XII.

(i) *El. iur. germ. L. III. §. CCLVII.*

(k) Licet ius romanum civile & canonicum conspiret *L. II. §. Auth. si quis vult. caute C. qui pot. in pign. hab. Nou. LXXIII. c. 1. §. 2. Cap. 8. & 16. X. de fid. instr.* eoque iure in foro quoque lubecensi, hamburgensi, hodierno magdenburgico & in terris anhaltinis vtuntur. *WILDVOGEL. diff. de doc. recognit. c. III. §. VII.*

(l) Modo subscriptio & sigillum explorata sint. vid. *PVFENDORF. intr. in proc. ciu. brunsv. luneb. P. III. c. VIII. §. XXII. pag. 437.* quod cum primis in instrumento, quod ex longinquis regionibus recognoscendum adfertur, requiritur. vid. *WILDVOGEL c. I. Cap. III. §. VIII.* In patria mea omnia, etiam publica, instrumenta recognoscenda sunt. vid. *Reform. francof. P. I. Tit. XXXI §. IX.* eodemque iure in saxonia vtuntur, vt tamen diffessione, licet iurata, fidem eorum eleuare, non permittatur, *WILDVOGEL de doc. recogn. c. III. §. VI.* vid. *infr. §. XXVII.* (p) adeoque haec recognitio, quia non tam ad perpetuam scripturae auctoritatem faciendam, quam pro notitia tantum partium & certitudine iudiciorum consuetudine recepta est, simplex magis inspectio & adlegatio, si quid

vitii instrumento inest, quam proprie sic dicta recognitio esse videtur, *MEV. P. IV. D. CCXLVII. n. 9. vid. §. seq. XV.* Enimvero in ord. proc. saxon. vet. de A. *MDCXXII. de publicis documentis* speciatim nulla mentio facta est, sed tamen, quia *tit. XXV. §. I.* recognitionem, omnium documentorum, *aller briefliche u. ohrkunden, welche gerichtlich produciret*, requirit, quaedam collegia saxonica, publicorum quoque instrumentorum recognitionem necessariam esse, pronunciarunt, quia vero alia dissentiebant, *Elect. decis. nouis. LXXIV.* adfirmatiuam sententiam adprobauit. vid. *PHILIPPI ad cit. Dec. LXXIV. obs. I.* quod etiam factum ab *ERNESTO* pio Duce saxo gothano in *der gothaischen gerichts und process ordn. Part. 1. cap. 10. §. 27. pag. 48.* tametsi autem secundum ord. recog. *ad tit. XXV. §. 2* aliud sancitum sit, indeque in electoratu saxonico hodie recognitio instrumentorum publicorum pro superuacua habeatur, in saxonia tamen *communi* siue *ducali* ea adhuc hodie requiritur. *PHILIPPI cit. obs. I. WERNHER obs. select. Part. 1. obs. LXXV. CARPZOV. P. I. C. XVII. D. XX.* neque etiam quis propterea recognitionem instrumenti detractare potest, quod in actis reperitur.

§. XII.

NECESSITAS RECOGNOSCENDI PRIVATA INSTRUMENTA.

Priuata vero instrumenta, quorum veritas nondum *verbis* per iudicalem recognitionem, vel *facto* per *productionem* (m), agnita est; omni vi probandi destituuntur (n), donec vel ab eo contra quem producuntur, recognoscantur (o), vel per *testes*, aut *literarum comparisonem*, veritas eorum probari, queat (p). Tenetur autem productus sine dubio recognoscere ea instrumenta, quae *propria* ipsius manu *scripta* (q), vel *subscripta*, vel *signata*

peritur. WERNHER. *cit. obs.* LXXV. nisi iam ante iudicialiter recognitum fuerit. RIVIN. *ad O. P. S. Tit. XXV. En. VIII.* quamuis ipsa acta, quia notorietatem inducunt, recognitione non egeant PHILIPPI *cit. obs. l. n. 29. sq.* SCHAVMBVRG. *princ. prax. iurid. iudiciar. Lib. I. S. I. m. III. c. III. §. XIII. pag. 218.* vnde mireris, Dnn. scabinos Ienenses enunciaſſe, acta publica recognoscenda eſſe additaſſe ratione decidendi: Hiernaechſt die acta publica *bekanntes ſaechſiſcher* praxi nach &c. recognoscirt werden müſſen, quando igitur causa in iudicio disceptatur, in quo publica documenta recognitione non opus habent, aduersarius autem eam nihilominus exigit, remissa recognitione, vsus documenti producenti reſeruatur. vid: §. pr. not. (x)

(m) vid. §. pr. X. not. (x)

(n) Etiamſi clauſulam executiuam aut pactum, quo neceſſitati recogno-

ſcendi renunciatur, insertum habeant. §. pr. X. not. (a)

(o) COLER. *de proc. execut. P. III. c. I. n. 87.* NICOL. DE PAS-SERIB. *de ſcript. priuat. L. I. qu. I. n. 175.*

(p) WERNHER. *Comp. iur. L. IV. tit. XVII. §. 4* vid. §. /q. XVII.

(q) Vid. HENRIC. LINCK. *de manu propria*, neque recognitionem sub hoc praetextu declinare licet, quod documentum ad alium scriptum sit, frustra quoque is, qui recognoscere iubetur, de titulo producentis excipit LYNCKER. *Dec. MCCXXIX.* licet subscriptio deficiat, quia instrumentum holographum aequipollet subscripto BRUNNEMANNVS *cent. 1. Dec. V.* LYNCKER. *Dec. MCCVI.* probant etiam schedae instrumento additae in eo memoratae, *die beg-lagen* etiamſi subscriptae non ſint. LEYSER *ſpec. CCLXI. Corol. 2. ſpec. CCLXXII. med. 4.* causam autem

ta sunt, quia effectus generalis *subscriptionis & sigillationis* est, quod subscribens ea, quae scripto comprehensa & in eo contenta sunt, confirmasse & ratificasse censeatur, non aliter ac si totum instrumentum scripsisset (r), quia scribere, subscribere & sigillare paria sunt (s), idemque subscriptio operatur, quod holographum (t), si quidem subscribens, cuius rei gratia subscribat, sciuerit (v), quia tunc in contenta eius consensisse censetur (x), nisi errorem, vel quod deceptus sit, probare velit (y), aut ex instrumento, quod sine adprobatione id subscripserit, adpareat, (z) quod praesumitur, si quis alieno nomine subscripserit, vel

vi

tem debendi si non contineant, aut integrum sensum non habeant, inuitus recognoscere non tenetur. PVFENDORF. *proc. ciu.* P. III. c. VIII. § XXIV. pag. 434. vid. *supr* §. X. *not.* (x)

(r) BURCHARD BARDILI *diff.* de *script.* cap. VIII. n. 22. quia subscriptio totam scripturam repraesentat. LYNCKER *Vol. II resp.* LXIV. n. 4. add. 10. AMSELN de *nominis subscriptione*.

(s) PETR. a LVDEWIG de *nexu script. & subscr.* cap. V. BARDILI c. l. cap. VIII. n. 22. LYNCKER. *Dec.* MCXVI. & *resol.* CXXIV. etiamsi creditor chirographum scripserit, quod debitor subscripserit, LEYSER. *spec.* CXXII. m. 7.

(t) B. Cancell. BOEHMER. *tom. II. Part. I. resp.* DCXLIII.

(v) Ultra scientiam & intentionem subscribentis nihil valet subscriptio, hinc erronea scriptura vitiat actum, BARDILI c. l. Cap. IV. n. 2. *sq.* & subscriptio ab ignorante facta, consensum non inducit. BOEHMER. *tom. II. Part. I. resp.*

CXXVI. n. 20. a LVDEWIG c. l. C. V. §. VIII. quia tamen eum arguit, L. 18. D. de *adopt.* L. 11. D. de *except.* BRUNN. *Cent. III. Dec.* XVII. non potest non praesumptio stare contra excipientem, se non re-legisse, donec probare velit ac possit, sibi legitimam praelectionem non esse factam. LYNCKER. de *form. procur.* C. V. §. 1. Nam utique contra eum, qui legere potest, se legisse praesumitur. Idem *resol.* CV. CARPZOV. *cit. const.* XVII. *def.* XLII. n. 6. *sq.*

(x) B. BOEHMER. *cit. resp.* DCXLVI. ergo charta blanca quocumque siue folii albi subscriptio subscribentem nomen suum & sigillantem obligat, ut ad istud, quod supra scriptum est, agi queat, etiam executiue. CARPZOV. P. I. C. XVII. *def.* XLII. modo probetur eum scientiam habuisse eorum, quae in ipso folio scribenda erant. LYNCKER. *An.* ad STRVV, p. 224. *tb.* 24. vid. §. *sq.* XV.

y) BARDILI c. l. cap. VIII. n. 23. vid. §. *sq.* XV.

(z) LAVTERB. *Coll. tb pr. tit.* de *fide instrumentor.* § 53.

vi officii, vel vt testis, nam subscriptio, quae fit alieno nomine, facta censetur sub clausula, *mir und den meinigen ohne schaden* (a). An autem quis instrumentum aliena manu scriptum recognoscere obstrictus sit, non conuenit inter DD. ante omnia dispiciendum est, cuius nomine scriptum sit, si nomine meo, me *volente, sciente vel mandante* scriptum sit, contra me sine dubio probat (b), ergo etiam recognoscendum (c), secus, si me *inuito vel ignorante* confectum sit. Quod si vero non meo, sed alieno nomine scriptum, vel subscriptum fuerit, iure communi, me inuitum ad recognitionem non teneri, vulgo adseritur *per Auth. contra qui propriam C. de non num. pec.* sed fori vsus recepit, vt huiusmodi instrumenta manu aliena exarata recognosci debeant, ab eo, contra quem producuntur (d), etiam extra saxoniam, cum primis, si pro ductus vel manum & sigillum sibi haud esse incognitum confiteatur, vel eum, notitiam aliquam eorum, quae in instrumento continentur, habere simile veri sit. (e)

D 3

§. XIII.

(a) STRYCK. *de caut. contr.* S. 1. E. VI. n. 13. sq. HARPRECHT. *Conf.* XCV. n. 393. sq. B. *Canc.* BOEHMER. *tom. II. Part. II. respons.* DCCCCLXXXIV. n. 34. hinc nec tutor, dum auctoritatem interponit, subscribens sibi praeiudicat, L. 15. C. *de adm. tut.* & multo minus is, qui mandatario nomine subscripsit v. c. *einen erb recess.* Idem c. l. n. 32. & 33. add. BARDILI *cit. diff. cap. VIII. n. 67. sq.*

(b) Puta si notarius subscripserit, LEYSER, *spec.* CCLXXI. n. 4. subscriptionem vero propinquorum non aequè supplere subscriptionem eius, qui scribere nequit, licet iuramento purgatorio ob eam locus esse queat. Idem *cit.* m. 2. & 3. docet.

(c) Vid. a SANDE *Decis. ostfris.* L. III. tit. VIII. def. 3. si notarius

cum testibus subscripsit recognitione non est opus, si vero solus notarius subscripsit, veritas instrumenti per recognitionem eius probanda est. LEYSER. c. l. m. 5. & 6.

(d) MEV. *in Comment. von wucherlichen contracten* P. II. p. 169. LYNCKER. *Dec.* CCXLVII. *Dec.* DCLXVII. d. DCLXXVII. & d. MCCLX.

(e) Ita Scabini Ienenenses enunciant, additis rationibus, *so wohl auch: scriptura priuata aliena, wann derienige, wieder welchen selbige produciret wird, einige probabilem notitiam von selbiger hatt,* H. PISTOR. *obs.* CXLVI. n. 4. NICOLAI *proc.* C. V. n. 9. oder dieselbe dem producenten beym beweis einiger massen adminiculiren kann. MENCKE *in proc.* ad Tit. XXV. n. 20, recognosciret werden muss.

§. XIII.

PERSONAE AD RECOGNITIONEM NECESSARIAE.
SENTENTIA IUDICIS.

Sicut in omni iudicio personae principales tres requiruntur, una quae petit, altera a qua petitur aliquid & tertia quae rem inter disceptantes controuersam componit, ita hae quoque ad actum hunc *recognitionis* necessariae sunt, qui recognitionem petit ac vrget, siue actor, siue reus sit (*f*), apud practicos *producentis*, qui vero ad recognoscendum adigitur *producti* nomine venit, recognoscere autem possunt omnes, qui idonei sunt, quae quidem idoneitas deficit, simulatque impedimentum aliquod, vel *naturae* vel *legis* adlegari possit, ob quod facultas, se obligandi & alium remittendo liberandi, denegata est (*g*), qui vero idonei sunt, non solum *immediate* & per se (*h*), sed *mediate* quoque per *alios*, tutores nimirum, curatores (*i*), institores (*k*), syndicos (*l*), actores & procuratores, modo hi speciali & sufficienti mandato instructi sint (*m*), nec causa cambialis disceptetur (*n*), recognoscere possunt. In *iudice* autem, qui necessitatem recogno-

(*f*) Vid. GEORG. ENGELBRECHT *de recogn. instr.* §. VI. & VII. FRIEDER. PHILIPPI *de recognit. docum.* Cap. IV. thes. V.

(*g*) Vid. WILDVOGEL *cit. diff. de docum. recogn.* Cap. II. §. V. sq. de imperito literarum. vid. supr. §. X. lit. (*q*)

(*h*) Quia heres personam defuncti repraesentat, is non solum ipsemet manum defuncti, negotii licet penitus ignarus sit, LYNCKER. d. CCCLXXIV. recognoscere tenetur, ENGELBRECHT. *de recogn. instr.* §. X. LYCKER de c. CLCCIV. qui saepius ita pronunciatum esse testatur

Dec. XXV. sed factam quoque a defuncto recognitionem ratam habere tenetur, hinc scriptum a testatore semel recognitum, reiicere nequit, etiamsi testator in testamento, se ad eam subscribendam inductum fuisse adseruerit, LYNCKER. Vol. II. resp. XCIII. n. 20.

(*i*) WILDVOGEL c. I. §. VI. sq.

(*k*) Vid. PHILIPPI *cit. diff.* Cap. II. thes. IIX.

(*l*) PHILIPPI c. I. th. IX.

(*m*) WILDVOGEL *cit. cap.* II. §. XI. sq.

(*n*) PHILIPPI c. I. thes. XII.

cognoscendi imponit & recognitionem mandat (o), *competentia* requiritur, ergo fieri debet coram eo iudice, coram quo causa, in qua recognitio requiritur, ventilatur, qui vel ipsemet actum recognitionis dirigere, vel alium eum in finem delegare, aut iudicem apud quem instrumenta reperiuntur, siquidem eorum editionem & transmissionem ad iudicium congruum recuset, require-re potest, ut ea recognoscere faciat (p), facta deinde recogni-tione, sequitur sententia iudicis (q), quae in *executiuo* processu definitiua esse solet (r). Dieweil beklagter die sub A producirte obligation gebührend recognosciret, so ist er auch &c. in *or-dinario* vero, tantum interlocutoria est, qua iudex vel recogni-tionem adprobat, *dass beklagter die producirte documenta sub A. B. C. zur nothdurfft, siue zur gnüge recognosciret* (s), vel eam reiicit, quod fit vel simpliciter, cum declaratione poenae, si an-tea sub poena recogniti, iniuncta fuerit; *und sind die documenta sub A. B. C. weil solche beklagter sol. gebührend nicht recogno-sciret, pro recognitis zu achten* (t), vel iniuncta meliore recogni-tione

(o) Per sententiam interlocutoriam, *dass beklagter seines einwendens ungeachtet die documenta sub A. B. C. zu recognosciren schuldig.*

(p) WILDVOGEL *eis. diff. cap.* IV. §. VIII.

(q) Donec haec feratur, non legitima, nec vim probandi habere censetur recognitio. WERNHER. *comp. iur. L. IV. tit. XVIII. §. 36.*

(r) SVENDENDOERF. *ad Fibig,* p. 727. unde suadent, ut quilibet non nisi difficulter ad recognitionem procedere debeat, cum executionem habeat paratam, Marpurgenses, *Vol. I. cons. XXXIV. n. 5.* LYNCKER. *Dec. DLXXXIII.* vid. §. praec. X.

not. (f) & (b) & §. sq. XIV. not. (l)

(s) Vid. §. sq. XIV. in fin. si super reprobatione simul pronun-ciatur, hac formula fieri solet: *dass sowohl beklagter die beym beweis sub A. B. als klaeger die sub C. inducirte documenta zur nothdurfft recognosciret.*

(t) Si tamen personis, qui bene-ficio restitutionis in integrum gau-dent. vid. §. sq. XIV. not. (l) iniuncta fuerit recognitio, sub poe-na *recogniti*, non statim pro reco-gnitis habentur, sed poena amittendi beneficii restitutionis in integrum prius comminatur, hac formula: *Dass bekl. die inducirte documenta, nach*

tione, daß beklagter die producirte documenta sub A. B. C. wann ihm solche nochmahl in originali vorgelegt werden, anderer gestalt und besser, als geschehen, sub poena recogniti zu recognosciren, und weil er solches vorizo nicht gethan, die Vnkosten dieser termins zu erstatten schuldig.

§. XIV.

RECOGNITIONIS TEMPVS LOCVS EFFECTVS.

Siue autem propria siue aliena manus ad recognoscendum producat, recognitio facienda est, debito tempore & loco. Quod ad tempus attinet recognitio in processu executiuo statim fieri debet, cum sit loco litis contestationis, sed in ordinario processu, aut summario in specie sic dicto, vel de exceptionibus litis ingressum impredientibus sermo est, vel de actione aliisque exceptionibus, post litem contestatam probandis, quaeritur, ad illas probandas, si documenta proferantur, statim recognosci debent (v), quae vero ad actionem vel aliarum exceptionum peremptoriarum probationem pertinent, ex regula ante litem contestatam non recognoscuntur, licet libello adposita sint, cum primis in Saxonia (x), nisi iusta causa aliud suadeat (y), neque etiam iuuat actorem,

nach deren anderweitigen production, wozu ein gewisser tag, pro vltiori termino anzuheraumen, bey verlust des beneficii restitutionis in integrum sub poena recogniti, saluis tamen exceptionibus, zu recognosciren schuldig, im übrigen sind producents principalen wegen unterlassener recognition dem producenten die expensas contumaciae zu erstatten schuldig, es könnte und wolte dann product, daß producent in dem am 30. Nou. a. p. gestandenen termin, die originalia der inducirten documenten, nicht exhibiret, seinem sol. 456 gethanen erbiethen gemaes, behoerig darthun, damit wurde er billig gehoeret.

(v) WILDVOGEL de document.

recog. cap. III. §. I.

(x) In camera imperii, petente actore, in primo statim termino recognoscenda sunt instrumenta, quae libello adposita vna cum libello communicata sunt, Rec. imp. nou. de Anno MDCLIV. §. haette dann der klaeger 39. in reformat. francof. P. I. tit. XXXII. §. XIX. idem sancitum, verbis: Wann dann oberzehlte schriftliche oder dergleichen beweisungen faemplich oder sonderlich also gerichtlich einkommen, so hat der gegentheil, oder dessen anwald, dieselben so bald ohne einige fernere dilation, sonderlich wann deren nicht viel seyend, zu agnosciren.

(y) Vid. LYNCK. resol. XCV.

actorem, si, nondum remotis exceptionibus dilatoriis, recognitionem documentorum vrgeat, donec enim his satisfactum est, reus ad recognitionem non adigitur (2). Comparente producto in termino ad recognoscendum praefixo, exhibita in originalibus documenta, si nullis exceptionibus iuste declinari possit, ad mandatum iudicis recognosci debent sub praeiudicio solito (a), quod in saxoniam communi siue ducali refusionem expensarum termini & comminationem poenae recogniti (b) inuoluit, in saxoniam vero electorali in poena recogniti consistit, quia hodie documenta statim in primo termino pro recognitis habentur (c). equidem olim in camera imperiali recognitio non in iudicio *fuer gericht*, sed coram deputatis (d) fiebat, sed ex eo tempore, quo nihil amplius post audientiam peragitur, illo ordine fieri debet, in quo recognitio petitur, & quidem in continenti, seu hodie, in proxima audientia (e), nisi circumstantiarum ratio, ut dilatio concedatur, exigat, tunc enim procurator petitam recognitionem ad suum ordinem reservare potest (f). In patria mea recognitio fit in loco iudicii, quod si tamen ob documentorum multitudinem, non sine difficultate in iudicio fieri queat, in aedibus secretarii iudicii, eodem, tamen die, praesente

(a) O. P. S. Tit. XI. §. 3.

(a) R. I. de A. MDCLIV. §: *hätte dann der klaeger 39. in sin. ibi: auch in puncto recognitionis, auf des klaegers erfordern, sich der gebühr recognoscendo vel diffitendo, unter gewöhnlichen praeiudiz und straffe der procuratorn vernehmen lasse.*

(b) cit. §. X. not. (c)

(c) O. P. S. R. tit. XX. §. 7. & tit. XXV. §. 3.

(d) Ord. Cam. de A. MDVII. tit. IV. & de A. MDLV. part. III.

Tit. XI. §. 2. conc. ord. cam. Part. III. tit. IX. §. 1

(e) Gem. besch. de A. MDCLIX. d. XIII. | dec. §. 5. versic. *Wann aber etwa original beylagen ex edit. BLVMII pag. 93 conc. ord. cam. P. III. tit. XXII. §. 1.*

(f) Gem. besch. de A. MDCLX. d. 12. Jan. §. 12. apud BLVM. p. 100. conc. ord. cam. l. c. ordinem terminorum hic intelligi putat BLVM. c. l. quia petens dilationem ad recognoscendum, vel diffitendum, colligit terminum.

sente aduersario, vel mandatario eius, recognitio facienda & registratura super actu recognitionis facta, actis adiungenda est (g), in Saxonia quoque non alibi, quam in loco iudicii, ubi causa disceptatur (h), recognoscenda sunt documenta, nisi personarum qualitas iudicem moueat, ut coram notario vel actuario iudicii a iudice misso, in aedibus earum recognitionem fieri permittat, quemadmodum & in processu executiuo, ut abscisse in loco sessionis ordinariae peragatur, necesse non est, sed sufficit, si coram iudice, extra sessionis ordinariae locum, peracta fuerit (i), rite autem facta & a iudice per sententiam siue decretum comprobata (k) plena & perfecta recognitio, hoc efficit, ut documentum recognitum contra recognoscentem vim instrumenti publici habeat (l), licet tertio (m), tanquam res inter alios acta, non praeiudicet.

§. XV.

**RECOGNITIONIS DIVISIONES IN VERAM PRAESUM-
TAM FICTAM VERAE RECOGNITIONIS
SUBDIVISIONES.**

Varie autem recognitio diuidi solet, prima diuisio haec est, quod alia sit *vera*, alia *praesumpta*, alia *ficta*, haec facta fingitur ob contumaciam, quae efficit, ut documenta pro recognitis habeantur (n), illa in foro iuris communis, ex responsione ad docu-

(g) *Reform. franc. P.I. tit. XXX. §. XIX.*

(h) Est enim recognitio actus *iudicialis*, igitur non immerito in loco iudicii eum expediri conuenit. GEORG. ENGELBRECHT *diff. de recogn. instr. §. XXXI. PVFENDORF. intr. ad proc. ciuil. bruns. luneb. P. III. c. VIII. §. XXXIII. pag. 438.*

(i) WILDVOGEL *cit. diff. Cap. IV. §. VII.*

(k) Vid. §. pr. XIII.

(l) WERNHER. *comp. iur.*

Lib. IV. Cap. XVIII. §. 36. hinc aduersus documentum recognitum, non admittitur iuramenti delatio, LYNCE. *Dec. DLXXXIX.* licet minori aduersus recognitionem restitutionis in integrum auxilio succurratur. SANDE *Dec. offsr. L. I. tit. VIII. def. IV. vid. §. pr. XIII. not. (s).*

(m) Alia est ratio heredis supr. §. XIII. not. (b)

(n) Supr. §. X. not. (t) add. WILDVOGEL *de docum. recogn. cap. IV. §. V. XIV. §. cap. V. §. III.*

documenta & deductione exceptionum, wann der product sich hauptsachlich einlaesstet, veritate documentorum non in dubium vocata, colligitur (o). Vera autem recognitio illa dicitur, quae reuera intercedit, estque ratione obiecti, documenti vel propria vel aliena manu scripti (p), & prout vel legitimam documentorum editionem praesupponit (q), vel eam non requirit, ita vel qualificata vel simplex vocatur, vtraque vel minus plena & imperfecta, vel plena & perfecta est, illa formam instrumenti externam duntaxat respicit (r), estque nuda tantum inspectio, siue ad legatio, an vitii quidpiam instrumentis insit, recepit hanc recognitionem pro notitia partium & certitudine iudiciorum consuetudo, (s) non solum in camera imperiali (t) sed etiam in patria mea (v), siue autem simpliciter, siue cum clausula bonae fidei (x) fiat, quia auctoritatem perpetuam instrumento non facit, sed formam

(o) SCHAVMBURG princ. proc. iurid. iud. L. I. §. I. m. III. C. III. §. XIV. not. 1. p. 200. vid. MEVIVS Part. IV. decis. LXIV. cessat haec praesumptio, si litigans, aduersus quem inducuntur, expresse voluntatem declarauerit, quod absque inspectione originalis documenti fidem habere nolit, licet, sub conditione faciendae productionis originalium, ad ea, suspensa quaestione de veritate illorum, responderit, & exceptiones suas instruxerit, quo casu non solum ad preces eius, qui documenta induxit, sed ex officio quoque, parte non petente, recognitio iniungi potest. PVFENDORF. intr. ad proc. ciu. brunsvic. luncb. P. III. C. VIII. §. XXVIII. p. 438

(p) §. praec. XII.

(q) Vid. §. praec. IX. in fin.

(r) a DD. recognitio in specie,

plena vero & perfecta agnitio vocatur, sed fori vsus, praesertim in iudiciis, in quibus imperfecta, seu minus plena recognitio ex regula pro illegitima habetur, discrimen hoc ignorat, adeoque in praxi recognitio & agnitio termini synonymi sunt. PVFENDORF. intr. ad proc. ciu. brunsv. luncb. P. III. C. XIX. pag. 433.

(s) MEV. P. IV. D. CXLVII. n. 9.

(t) Supr. §. XI. not. (l)

(v) Reform. francos. P. I. tit. XXXI. §. XIX.

(x) Haec clausula etiam §. XIX. reform. franc. requiritur, cum primis in camera imperii varias recognoscendi formulas procuratores adhibere solent, quae fere hac sunt: ich recognoscire bona fide, salva veritatis substantia, quae clausula hoc innuere videtur, quod externa forma

formam tantum externam concernit, eo leuioris praeiudicii esse censetur, quo facilius eam, si iusta adsit causa, reuocare iterum permittitur (y). Ex regula vero, sicut in saxoniam, ita quoque alibi in foro iuris communis non sufficit simplex haec recognitio (z), sed pro inualida & illegitima habetur, quae, cum nullum effectum producit (a), non potest non melior recognitio ei iniungi, qui hoc modo recognouit (b), siquidem causa processu *executiuo* (c) disceptetur, sed in *ordinario* processu, nec non in *summario* in specie sic dicto, audiendus omnino est, qui instrumentum sibi non praelectum esse (d), nec de contentis scripturae legitimam certiorationem praecessisse (e), aut simplicitate,

forma figilli sit illaesa & integra, non autem, quod credatur figillum eius esse, cuius adseritur G Y L M A N N tom. III. symph. pag. 323. §. *etiampi figillum*, item *recognosco simpliciter*, *recognosco bona fide*, citra *adprobationem tamen contentorum*, & aliquando ad nudum figillum dirigitur, *er wolle das figill*, BLVM. *proc. cam. tit. LXIII. n. 51.* vel, si ad totam formam externam recognitio fiat, *das document bona fide, salua veritatis substantia, vel simpliciter citra adprobationem tamen contentorum recognoscirt haben.* BLVM. c. l. n. 50.

(y) BLVM. c. l. n. 50.

(z) Quia circa probationem, quae ex contentis primario sumenda est, magis de his, quam de subscriptione & sigillo alterius, quaestio versatur, non sufficit, si productus manum tantum & sigillum pro suis recognoscere velit, nisi pariter & contenta, adeoque ipsam obligationem agnoscat. WERNHER. *comp. iur. L. IV. tit. XVIII. §. 19.* PVFENDORF. *intr. ad proc. ciu.*

bruns. luncb. Part. III. C. VIII. §. XXXI. pag. 439.

(a) LYNCKER. *Dec. CCCXLIV. & Dec. DCLXXVII.*

(b) *Dass beklagter die documenta besser als gesehehen, insonderheit auch so viel die contenta betrifft, und nicht allein, wie itz, ratione formae externae, sub poena recogniti zu recognosciren schuldig.* Ita scabini Ienenfes mense martio MDCLXXXVII. apud ZIEGLER. *ad O. P. S. tit. XXV. ad verba dass es hand und siegel sey. 114. supr. §. XIII. in fin.*

(c) *Supr. §. X. not. (g)*

(d) *L. fin. ibi, subscribere non relegendem sed fidem habentem suavit.* C. *plus valer. quod agitur.* BERGER. *El. disc. for. tit. XXV. obs. 4. n. I. pag. 767.* PVFENDORF. *cit. §. XXXI. pag. 439.* SVENDENDOERFER *ad FIBIG. pag. 725. sq.* B. BOEHMER. *tom. II. Part. I. resp. LXVI. vid. supr. §. XIV.*

(e) Inprimis si miles B. BOEHMER. *tom. II. Part. I. DLXXXII. n. 17. & 18.* aut literarum imperitus sit, *supr. §. X. lit. (g)*

vel imprudentia sua, vel alterius dolo se circumuentum & ad sigilli adiectionem & subscriptionem inductum fuisse, confestim, dum litem contestatur, excipit & hanc suam exceptionem probare paratus est, maxime, si manifesta argumenta commissi doli (f) ac falsi (g) adferre possit.

§. XVI.

PLENAE ET PERFECTAE RECOGNITIONIS SUBDIVISIONES, RECOGNITIO IMMEDIATA ET MEDIATA.

Plena autem siue perfecta recognitio, tam *formam externam*, quam *tenorem*, siue *contenta* instrumenti concernit. Nam qui plene & perfecte recognoscit, praeter manum & sigillum etiam instrumentum eius tenoris esse agnoscit, quem producens illud adlegat (h), estque vel *voluntaria*, quae sponte peragitur, vel *coacta*, ad quam inuitus compellitur per sententiam iudicis interlocutoriam (i). Vtraque *clara* & *cathegorica* esse debet, cum dubia, v. c. *er wolle die documenta dafür, was sie wirklich sind, recognosciren*, oder, *er koente zwar das document recognosciren, er liese es aber dahin gestellet seyn*, non sufficiat. Diuiditur porro tam *voluntaria*, quam *coacta* in *generalem* & *relatiuam*, qua quis declarat, quod instrumentum pro tali habeatur, pro quo producens illud venditauerit, *wofür es ausgegeben worden*, & *specialem*, qua quis non tantum instrumentum eius tenoris esse, qui a producente adlegatur, se agnoscere declarat, sed in specie quoque repetit, pro quo producens illud venditauit,

E 3

adii-

(f) Si quis probat, se folium album siue chartam blancam, dedisse, & de extensione contra voluntatem suam facta excipit, concurrentibus quibusdam adminiculis, facilius ad diffensionem contentorum admittitur, ac is, qui excipit, se extensum folium, cuius contenta ignouerit, subscripsisse. vid. O. P. S. R. ad tit. XXV §. 6. add SCHAYMBURG *prin. prax. iurid. indic. L.*

I. f. I. m. III. C. III. §. XXIV. p. 216. GERBET *tr. de cautel. iur. Sect. III. Cap. III. n. 300. sq. p. g 428. sq.* vid. §. sq. XVII. not. (s).

(g) Vid. Ill. LEYSER *spec. CCLXXIII. med. §. spec. CLXXVII. med. 1. sq.* SCHAYMBURG *pr. prax. iurid. indic. L. I. f. I. m. III. Cap. III. §. XXIV. pag. 216.*

(h) LYNCKER *Dec. DCLXXVII.*

(i) Vid. *supr. §. XIII. not. (o)*

adiiciendo simul annum, diem & aliquando etiam locum: *er wolle das document sub A für ein von Titio im iahr MCCXXX. am 4. Ian. errichtetes testament recognosciren*, siue, *er wolle die documenta sub A. B. C. für concepten und abschrifften*, wofür sie *produciret worden*, *recognosciren*, siue *autem generaliter*, siue *specialiter*, quis *recognoscat*, fieri potest vel *absolute*, vel *cum adpendice*. Quamobrem a DD. *recognitio in absolutam & eam*, quae fit cum *appendice*, mit *anhaengen*, diuiditur, quae quidem *adpendix vel licita* est, quando nimirum *generatim* exceptiones *referuantur*, *er wolle das document sub A, wofür es klaeger ausgegeben, saluis tamen ubique exceptionibus, recognosciren (k)*, vel *figilla-*

(k) Quia huiusmodi *recognitio* ad contenta documenti simul por-
tigitur, sine dubio effectum ple-
nae probationis habet, adeoque
contra eam nullae aliae exceptiones
admittuntur, quam quae vim eius
probandi, salua ipsius documenti
substantia, LYNCKER. Dec.
CCXLIV. elidere possunt, WERN-
HER. comp. iur. L. IV. tit. XVIII.
§. 8. ergo adhuc de praescriptione
LYNCKER. Dec. DCLXVIII. & Dec.
MCXIV. de falso, Idem Dec.
MCCXXXII. excipere potest, quia
recognitio tantum formam instru-
menti, eiusque substantiam con-
cernit, CARPZ. proc. Tit. XIV.
art. III. n. 28. LYNCKER. Dec.
DCII. Quid? quod, siue *recognitio*
absolute, siue *cum adpendice*, *saluis*
exceptionibus, facta, vel iniuncta sit,
licet *formula sententiae* hoc casu, quod
ad verborum corticem non eadem
est, pronunciatur enim hunc in
modum: *Auff producirte uhrkun-*
den deren recognition und darwied-

der vorbehalbene exceptiones, in sa-
chen &c *Dass product vel reproduet*
die uhrkunden zur gnüge recogno-
sciret habe, und *bleiben ihm die*
darwieder bedungene exceptiones
hinkünfftig in denen ueber beweis
und gegenbeweis einzubringenden
disputations gesezen an- und aus-
zuführen vorbehalten, effectum ta-
men non discrepat *recognitio*, quae
absolute facta est, ab ea, quae fit
cum adpendice, semper enim quae-
stio de effectum instrumenti & vi
probandi, non ad ipsam *recogni-*
tionem pertinet, sed de ea deumum
in den disputations gesezen: agen-
dum est. LYNCKER. Dec. DCII.
saluisque exceptionibus eo ma-
gis facta censetur, O. P. S. tit.
XXV §. 3. WERNHER. comp.
iur. L. IV. tit. XVIII. §. 8.
SCHAVMBURG. princ. prax. iurid.
iudic. L. I. f. 1. m. III. C. III. §.
XIX. pag. 211. LYNCKER. cit. Dec.
DCII. GRIEBNER. princ. proc. ind.
L. I. c. III. f. III. c. V. quo cer-
tius

figillatim factae recognitioni subiunguntur. Nam haec adpendix, quatenus sine confusione fieri potest, non prohibetur (l), vel *illicita* est, quando nimirum productus recognitioni exceptiones intermiscet, ob quas documenti substantia, wofür es ausgegeben salua non manet, v. c. *er wolle das document sub A als einen unvollkommenen niemals zu stande gekommenen contract, vel als ein untergeschobenes falsches testament recognosciren* (m), quo casu non simpliciter melior recognitio iniungi, sed productus simul ad iuramentum diffessionis admitti solet: *Dass er die documenta sub N. 1. 2. besser, als geschehen, und ohne anhang zu recognosciren, oder iurato zu diffitiren schuldig* (n). Denique alia recognitio *immediata* est, quae fit ab ipsa parte producta sine iuramento (o), alia *mediata*, quae iterum in *ordinariam* & *iniuratam*, quae per procuratorem, & *subsidiariam* & *iuratam* diuiditur, quae fit in subsidium, mediante iuramento, vel per *testes* vel per *artis scriptoriae peritos*, qui comparationem literarum instituunt, de qua *mediata recognitione* nunc prolixius dicendum.

§. XVII.

**DIFFESSIO IURATA ORIGO RECOGNITIONIS MEDIATAE
SVBSIDIARIAE PER TESTES ET LITERARVM
COMPARATIONEM.**

Quandoquidem vero necessitas recognoscendi documenta priuata (p), a iudice per sententiam iniuncta, non est absolu-

tius est, quod nemo exceptionibus suis, quibus probandi vim ipsius instrumenti recogniti eleuare potest, renunciasse censeatur. WERNHER. cit. § 8.

(l) WERNHER. comp. iur. Lib. IV. tit. XVIII. §. 2. nam & sic documenti substantia salua manet, dissentientes se fundant in eo, quod litis contestationi huiusmodi adpendix adijci non debeat,

adeoque meliorem recognitionem, quamuis solum simpliciter, sine admissione iuramenti, iniungunt. LYNCKER. Dec. CCCXLIV.

(m) Vid. LYNCKER. Dec. CCCXLIV.

(n) LYNCKER. Dec. cit.

(o) WILDVOGEL de recognit. docum. c. IV. §. 9. BRUNNEM. proc. ciuil. Cap. XIX n. 13.

(p) Publicorum instrumentorum diffessio, vt iam supr. XI. not. (l) dictum

ta, sed hypothetica, vt scilicet tunc recognoscere, sub *praeiudicio solito*, siue poena contumaciae (q), teneatur, aduersus quem producta sunt, siquidem iurato (r) ea diffiteri (s)

dictum est, non conceditur, vid. *Dec. Elect. nouiss. LXXIV.* ibique *PHILIPPI obs. 2. LYNCKER. Dec. DCCCCXI. PVFENDORF intr. ad proc. ciu. brunsv. luncb. P. III. C. VIII. §. L. pag. 448.* nequidem in illis iudiciis, in quibus eorum recognitio est necessaria, citat. §. XI. lit. (l), reicitur ergo oblata diffessio, hac formula; *Dass die angebothene eydliche diffession, nach gelegenheit dieses falls nicht statt habe, sondern es ist beklagter das document sub A. sub poena recogniti zu recognosciren, und weil er solches vor izo nicht gethan, die unkosten dieses termins klägern zu erstatten schuldig*, vel si recognitio necessaria non sit, *dass beklagter mit der recognition des bey dem beweis sub A. inducirten documents zu verschonen, jedoch klägern dessen sich zu gebrauchen unbenommen, und hat die anerböthene diffession nicht statt.* Documentum priuatum, quod non releuat, nemo tenetur recognoscere *LYNCKER. Dec. CCXLVII.*

(q) Vid. supr. §. X. not. (c)

(r) Licet recognitio *immediata & mediata* per procuratorem, tutorem &c. sine iuramento fiat, vid. §. praeced. XVI. diffessio tamen iniurata non admittitur, *MEV. P. IV. Dec. CXLV. l. n. 3. WERNHER. comp. iur. tit. XVIII. §. I.*

& hoc quidem *diffessionis* iuramentum recte ad iuramentum *calumniae* speciale siue *malitiae*, ceu species quaedam, refertur, quo diffitens tantum obtinet, nihil a se per calumniam & fraudem fieri. *MEV. P. VII. D. XCV.* estque aliud *veritatis*, quod in diffessione manus propriae requiritur, aliud *credulitatis*, *dass er die hand und siegel nicht kenne*, quod tunc adhibendum, quando de facto, siue manu aliena iurandum, huius enim, cum diffitens probabilem habeat ignorantiam, sufficit, si, quod credit, aut verum putat, iuret, cum veritatem iurare nequeat. *MEV. cit. D. XCV. n. 3.* cum itaque heredis probabilis sit ignorantia, vt hic non de veritate, sed saltim de credulitate iuret, iuri vtique conueniens est, *MEV. P. VI. D. CCLXXVII.* quod tamen fallit, si manus defuncti heredi cognita sit. *LYNCKER. Decis. III. & Dec. CCCXLVI.* in fine si iudex, cuius arbitrio circa iuramentum hoc legale ad praescindendas reservationes mentales & periurium euitandum, multum relictum censetur, formulam iuramenti sic praescribit, vt iurans suspicionem quoque scientiae & consensus remouere teneatur, quod in *iuramento veritatis* hac formula: *Dass er das document weder selbst geschrieben oder unterschrieben habe,*
noch

noch durch andere schreiben, oder unterschreiben lassen, er auch die darinn enthaltene post, klägern nicht schuldig, *LVDOVICI proc. civ. C. III. §. XXII. siue, vt in Ord. proc. sax. recogn. ad tit. XXV. §. 4. pag. 149. formula concepta legitur: Dafs er selbige weder geschrieben, noch unterschrieben habe, auch solche mit seinem wissen und willen durch einen andern nicht geschrieben; in credulitatis vero iuramento sequenti formula obtineri posse videtur: Dafs er hand und siegel nicht kenne, auch es dafür, wofür es ausgegeben nicht halte, vel, Dafs er nicht glaube, noch dafür halte, dafs die producirte obligation von seinem vater ausgestellt worden, oder derselbe klägern die darinn enthaltene post schuldig sey. LVDOVICI c. l. siue, vt in O. P. S. R. c. l. verba sonant, dafs er nicht glaube noch dafür halte, dafs der aussteller selbige geschrieben, oder unterschrieben habe, oder solche mit seinem wissen oder willen durch einen andern geschrieben, oder unterschrieben worden, non differre videtur iuramentum diffessionis a iuramento purgatorio. confer. LEYSER. spec. CCLXXVII. med. 4. vbi de diffessione iurata heredibus caute imponenda agit, quocunque autem modo formula concipiatur, sequens tamen non satis apta mihi videtur. Dafs N. N. zuserst ihre ad protocollum gethane adsertionem negatiuam, und dafs sie dit unter dem*

document quæst. befindliche unterschrifft vor ihres vaters hand nicht erkennen, desgleichen N. N. seine ad protocollum gethane adsertion, dafs er die bemeldte unterschrifft ebenfalls davor nicht erkennen kente, mit einem eyd zu bestaercken, schuldig und gehalten sey. Nam licet producti ad protocollum declarauerint, se non agnoscere manum defuncti, tamen alternatiue concipienda fuisset sententia, dafs produeten einwendens obgehindert das document zu recognosciren oder zu diffitiren schuldig, vid. not. seq. (t), deinde non video rationem, cur plures litis consortes separari debeant, cum facile de eadem fidelia duo parietes dealbari possint, ostea. cum, si proprie loquimur, non dentur adsertiones negatiuæ siue verneinende beia- hungen, adserere enim pro adfirmare vulgo sumitur, non videtur cecidisse in potestatem produetorum, adsertionem negatiuam iuramento confirmare. Pronunciandum ergo fuisset: Dafs beklagte N. N. & N. N. das document sub - - - wann solches nochmahl in originali vorgelegt wird, einwendens vorgehindert, zu recognosciren, oder dafs sie die unterschrifft vor ihres vaters und erblassers hand nicht erkennen, vel, dafs sie nicht glauben, noch dafür halthen, dafs ihr erblasser N. N. solches geschrieben, oder unterschrieben habe, oder dafs solches mit seinem wissen und willen durch einen andern nicht geschehen, oder unterschrieben worden, zu schwöehren schuldig

(s) non aufit, sequitur, vt, simulatque, is ad diffessionem iuratam se obtulerit, nulla amplius recognoscendi necessitate cogatur
(t)

schuldig V. R. W. Rationes quoque dubitandi & decidendi paucioribus & aliis verbis subtexi potuissent, quam quibus easdem conceptas legi, sunt enim fere hae: obwohl beklagte vnd producten das documentum weder recognosciret, noch sich zur eydlichen diffession erbothen, mithin, da klaeger deren vngheorsam zu beschuldigen vhrsache gehabt zu haben, vermeinet, das auf poenam recogniti zu erkennen gewesen, scheinen moegte D. A. V. D. Ehe und bevor auf die recognition oder eydliche diffession sub poena recogniti erkannt worden, das producirt document nicht sofort pro recognito gehalten werden kann, vnd derowegen in so fern die vngheorsams beschuldigung zu fruehzeitig angebracht worden: vid. supr. §. X. *not.* (c) als ist denen rechten nach zu forderst auf die recognition oder eydliche diffession, sub poena recogniti erkannt worden: si vero rei ad iuratam diffessionem sponte se obtulissent, paulo aliter formula concipienda fuisset. vid. *not.* sq.
(v)

(s) Tam quod ad *formam* externam, quam quod ad *tenorem* siue *contenta*, quia is, qui subscripsit incuriae suae imputare debet, quod haec ante subscriptionem non legerit. WERNHER. *comp. iur. Lib. IV. tit. XVIII. §. 27.* si igitur productus manu sua & sigillo recognito, ad iuratam diffessionem contentorum

se offerat, haec oblatio hac formula reicienda est: *das beklagte suchen nicht statt hat, sondern er ist das document sub C so wohl was seine unterschrifft, als dessen inhalt betrifft, entweder sub poena recogniti zu recognosciren, oder eydlich zu diffessiren schuldig*, quemadmodum & in documento, producti nomine ab alio, v. c. filio subscripto, non admittitur diffessio, quod ad contenta, vid. LYNCKER, *dec. III. decr. CCCLXIV. & Dec. MCCLX. RI-VIN. ad O. P. S. tit. XXV.* En XLII, fallit tamen hoc in iudiciis, in quibus minus plena recognitio permittitur. vid. §. *praec. XVI.* sic v. c. in curia prouinciali hildesensi admittendum quoque ad iuratam diffessionem esse eum, qui chartam blancam a se subscriptam agnoscit, sed de extensione se inuito vel inscio facta excipit, in ordinat. huius iudicii tit. XXI. §. 4. disertis verbis sancitum est, PVFENDORF c. l. §. XXXIV. p. 447. quod in aliis quoque iudiciis, in quibus plena recognitio recepta est, iudex permittere potest, si circumstantiae id suadeant, nam arbitrium iudicis non excluditur, licet enim ex regula huiusmodi exceptio, vel in *reconuentione*, si de processu *executivo* sermo est, vel in *reprobatione*, si processus *ordinarius*, vel *summarius* in specie fuerit, deducenda sit, aequitate tamen id suadente, iudex eam aliquando admittere potest,

(t), iusto ergo hebetiorem esse oportet, qui documento ad probandum usus est, siquidem eum, nec sana ratio doceret, nec

F 2

ipsa

potest, hac formula: *Dass beklagter, gestaltten sachen nach, zur diffession des documenti sub A. fol. zu admittiren, und den eyd dergestalt, dass er ein blarquet von sich gestellet, welches wieder sein wissen und genehmhaltung, also wie solches cit. fol. befindlich. extendiret, darinn er seine einwilligung nie gegeben, abzuschwoechren schuldig.* modo prius probauerit prouentus suam adsertionem, quod instrumentum charta blanca fuerit, vid. §. praeced. XVI. not. (f) quippe quod in dubio non praesumitur, quae tamen probatio, cum testes praecise non requirantur, per iuramenti quoque delationem peragi potest. ENGELBRECHT *diff. de charta blanca* §. 14. PVFENDORF. c. l. P. III. C. VIII. §. XXXIV. pag. 440. WERNHER. comp. iur. Lib. IV. tit. XVIII. §. 37.

(t) Quia ad recognitionem perinde, ut ad litis contestationem adfirmatiuam, nemo, qui negatiue respondet, inuitus cogitur, recte ex eo concluditur, libero rei arbitrio relictum esse, an recognoscere documenta, an vero diffiteri eadem velit, nam sub recognitione documentorum, quam iudex iniungit, contineri creditur tacite iurata diffessio, PVFENDORF. *intr. ad proc. civil. bruns. lueb.* P. III. C. VIII §. 5. pag. 448 SCHAVMBURG. c. l. §. XX. p. 212. ut adeo is

quoque ad eam confugere possit, qui recognoscere sub poena recogniti per sententiam iudicis iussus est SCHAVMBURG. c. l. quia enim recognoscere, vel iurato diffiteri, alternatiua iuris est, vnum membrum exprimi sufficit. WERNHER. comp. L. IV. tit. XVIII. §. 16. ergo inest tali sententiae seu decreto diffessio iurata, tanquam necessarium consequens, etsi non fuerit verbis expressa. MEY. P. IV. D. CXLVII. n. 2. IO IOACH. SCHOEPPER. *de diffess. instrum.* c. l. n. 19. sq. neque opus est, ut quis mediante adpellatione vel leuatione eam sibi reservare petat. WERNHER. *Part. 1. obs.* LXIV. n. 3. nam, si quis sub praetextu rei iudicatae alterum ad iurata diffessionem admittere nolit, pronunciari solet: *Dass klagers suchen nicht statt habe, sondern es ist beklagter, des darwieder geschehenen einwendens ungehindert, zur eydlichen diffession des documents sub A. billig zu lassen,* potest tamen recognitio subsidiaria simul reservari. §. sq. XIX not (p) quid? quod aliquando in recognitis etiam documentis diffessio iurata locum adhuc habere potest. LYNCKER. *Dec.* CCCXLIV. vid. IO. HENRIC. MEIER *de iurata diffessione recognita manu.* Erford. 174 licet ex regula, documenta semel recognita diffiteri ulterius non permittatur,

ipsa oblatio (v) ad diffessionem iuratam ab aduersario facta, admoneret, id sibi iam operae curaeque quam maxime ponendum esse, quemadmodum veritatem instrumenti aliunde ostendere queat, ipsa autem sana ratio, cum vix alia argumenta ad veritatem documenti ab alio negati obtinendam, cogitando inuenire quiverit, quam testimoniis eam firmare, siquidem testes adfuerint, qui instrumentum scribi & subscribi viderint, aut alias manum scribentis cognitam habuerint, vel testibus hisce & tabellione absentibus, aut mortuis, comparisonem instrumenti cum aliis scripturis facere, non est, cur valde mireris, romani & teutonici iuris consensum circa duo haec remedia subsidiaria sic conspirare (x), vt de origine in dubium venias, an germani eadem a romanis adoptauerint, an vero, quae ante vsum iuris romani ipsis iam cognita fuerunt remedia, potius retinuerint, quod quidem B. HEINECCIO (y) verisimilius visum fuit, in
cuius

(v) Non requiritur, vt is, qui documenta diffiteri vult, iudicis sententiam expectet, sed potest ad eam sponte se offerre. GRIEBNER. *princ. proc. P. I. c. III. §. III. §. VIII.* adeo quidem, vt mulier quoque in saxoniam, in ipso adhuc termino ad recognitionem sub poena recogniti praefixo, ad iuratam diffessionem se offerre queat, etiamsi absque curatore compareat. RIVIN. *ad O. P. S. tit. XXV. En. XXXVII.* contradicente vero aduersario, pronuntiatur: *Dass beklagter zur eydlichen diffession derer bey dem beweis sub A. & B. inducirten documenten, des darwieder beschehenen einwendens ohngeachtet, zu lassen, vel si aduersarius non contradixerit, würde beklagter und product, seinem erbietben zu folge, das document sub A. mittelst eydes diffitiren, so*

waere er mit der recognition billig zu vrschonen.

(x) vid. L. 20 C. de fid. instrum. Nou. XLIX. cap. II. §. I. Nou. LXXIII cap. I. & VII.

(y) Quod iam ante vsum iuris romani eo casu, quo productus fidem instrumenti eleuare voluit, recognitio per testes admissa fuerit in iudiciis germanorum, patet ex LL Ripuar. tit. LVIII. de tabulariis. L. V. tit. XX. de venditionibus. L. II. nec non ex L. Alem. IV. tit. II. capit. reg. franc. CCCLXVIII. lib. V. cap. CCLIV. lib. VII. cetera. vid. not. (a) §. sequ. nec minus comparisonis literarum vsus ex iisdem legibus probari potest. cit. L. V. tit. LVIII. LL. Ripuar. add. capitular. Caroli M. ann. DCCCIII. §. VI. & L. Wisigoth. XV. lib. II. tit. V. de scripturis valituris & infirmendis, vbi trium vel quatuor

eius sententiam sine assentiendi temeritate descendere, cur non liceret, nullam rationem video.

§. XVIII.

RECOGNITIONIS INSTRUMENTORVM PER
TESTES DEFINITIO.

Est autem *recognitio* instrumentorum *per testes* nihil aliud, quam testificatio, qua veritas instrumenti firmatur in subsidium, per agnitionem, ab iis factam, qui vel negotio praesentes, instrumentum scribi aut subscribi viderunt (z), vel saltim manum scribentis plane cognitam habent (a).

§. XIX,

tuor scripturarum similem & eundem prolatam subscriptionem, ad firmitatem & veritatis huius indaginem sufficere statuitur.

(z) Iure civili iustiniano nullae aliae testificationes suscipi debent, quam quas praesentes testes dicunt, quia his praesentibus subscripsit, qui documentum fecit & hunc noverunt, *Nov. LXXIII. cap. I.* ergo testes non solum de manu scribentis testari, sed praeterea, quod praesentes negotio, cum id, de quo quaeritur, scriberetur, ipsimet viderint. Vnde secundum ius civile articuli probatorii sic formandi sunt :

Art. 1) wahr das zeuge, Titii hand und schrift wohl kenne,

Art. 2) wahr das zeuge nicht anders sagen koenne, als das das document sub A. so ihm anitzo vorgeleget wird, Titii hand vnd siegel sey.

Art 3) wahr vnd kann zeuge nicht in abrede seyn, das er da-

mahls, als dieses document ausgestellt worden, mit zugegen gewesen, auch wie Titius solches geschrieben vnd besiegelt, selbst gesehen.

(a) Hoc non ex romano iustiniano, sed veteri teutonum iure derivandum esse videtur, quod & alii testes, qui praesentes non fuerunt, de similitudine tantum literarum & chi-rographi eius, qui instrumentum confecisse dicitur, testificantes fidem faciant, *HEINEC. Elem. iur. germ. Lib. III. §. CCVII. not. (*) tom. II. pag. 606.* ergo patrio iure articuli probatorii etiam de credulitate concipi possunt:

Art. 1) wahr das zeuge Titii hand vnd schrift sehr wohl vnd genau kenne.

Art. 2) wahr das zeuge nicht anders glaube vnd dafür halte, als das gegenwaertiges document sub A. so ihm hier vorgezeigt wird, von dem Titio geschrieben worden. *vid. §. sq. XXI. not. (s) & §. XXII. not. (s)*

§. XIX.

VSUS TESTIMONIALIS RECOGNITIONIS SVBSIDIARIVS
IN OMNIBVS GERMANIAE IVDICIIS OMNIQVE
PROCESSV ADSERITVR.

Recognitio haec eatenus, qua nemo ad hanc testimoniam confugere solet, qui non prius tentavit, an propria eius, contra quem documentum producit, confessione, siue agnitione, veritatem eiusdem probare queat, ad *subsidiaria* remedia referri potest, licet pro *extremo* probandi medio, in *comparatione literarum* demum quaerendo, haberi nequeat (b). Non solum autem praxis iudiciorum *saxoniorum*, cum *electoralium* (c), tum *ducalium* (d), *mediatae* huius & *subsidiariae* recognitionis usum agnoscit, sed eadem quoque in ducatu *magdeburgico*, principatu *anhaltino*, ducatu *megapolitano gustrouiensi*, in terris regis *borussiae* (n), nec non in summo *camerae imperialis* (f) dicasterio, in iudiciis electoralibus *brunsuico-luneburgicis* (g), & tantum non in omnibus iudiciis germaniae recepta est, ita quidem, ut in omni processus genere, perinde ut *immediata* recognitio & *mediata* ordinaria (h), locum sibi vindicet, siue processus sit *criminalis*, siue *civilis*, cumque, ut usus eiusdem ad processum *ordinarium* adstringatur, nulla necessitas cogit, non video, quid obstat,

(b) Patet hoc ex formula sententiae, qua pronunciatum fuit: Dafs zufoerft die recognitio documentorum, durch die angegebene zeugen, zu verfuehren, auf den fall aber der beweis durch zeugen entstehen wuerde, sodann die comparatio literarum, gebuehrend, vnd wie zu recht erfordert wird, vorzunehmen. apud LYNCKER. Dec. CCCCIV. vid. infr. §. XXX. not. (f)

(c) Vid. O. P. S. R. Tit. XXV. § 5.

(d) Vid. ERNESTI Pii Ducis saxo-gothani gerichtshand process ordn. Part. 1. Cap. X. §. 29. pag. 49.

(e) Vid. GEORG. GERBET. tract. de cautelis iuramentor. in iudic. obseruand. Part. I. Cap. III. post. V. num. 67. sq. pag. 468. sq. vulgo hic tractatus SAM STRYCKIO adscribitur, quia autor eiusdem, sub praesidio STRYCKII, dissertationis inauguralis loco, hanc materiam proposuit.

(f) RVLAND de Commissar. & Commiss. Part. II. lib. V. cap. XXXIX. n. 23. sq.

(g) PVFENDORF. intr. ad proc. civil. brunf. luneburg. Part. III. c. VIII. §. XXXVI. sq. p. 4+1. sq.

(h) Vid. supr. §. X.

stet, quo minus & in processu *summario* adhibeatur (i), quod quidem, sicut de eo, qui *in specie* sic dicitur, neminem facile contradicendum puro, ita idem de *summario executiuo* non omnes largiri, me non praeterit. Et saxonum cumprimis in hoc processu genere ei vel ideo locum concedere nolunt (k), quod admissa probatione per testes, quae naturae & indoli huius processus prorsus contraria est, processus *executiuus* in *ordinarium* deflectat. Quemadmodum vero ipse BERGERVS (l) arbitrium iudicis non excludit, & alibi (m) non diffitetur, rationem, quae recognitioni per testes locum dedit, ut scilicet periuria euitentur, non minus in processu *executiuo*, quam *ordinario* valere, ita recte mihi sentire videntur, qui heic aliquid ex processu executiui rigore laxandum esse censent (n), eademque sententia non solum in principatu anhaltino (o), sed in ducatu quoque isenacensi (p) expresse comprobata est.

§. XX.

(i) Hinc usum eius commendat WERNHER. *in comp. iur. Lib. IV. tit. XVIII. §. 32.* in demonstratione meliorationum, si quidem aduersarius, ut haud raro euenire solet, apochas productas recognoscere nolit, sed ad iuratum earum diffessionem sese offerat.

(k) WERNHER. *Part. I. obs. CIV. Part. III. obs. XCVIII. RIVIN. ad O. P. S. tit. XXV. En. XXIX. & XXXI. BERGER. diff. de modis declinandi recognit. & diffession. instrument. quam CHRISTIANVS GOTTFR. MORLINVS sub eius praesidio ventilauit, cap. II. §. 14. add. Elect. proc. execut. tit. XXV. obs. V not. 2. pag. 770* ubi ampliationem addit, ut nec contra

heredem, aut heredis heredem, licet is nullam causae notitiam habere praesumatur, siquidem ad diffessionem iuratum paratus sit, recognitioni per testes in *executiuo* processu admittenda sit.

(l) *El. disc. for. c. 1.*

(m) *In progr. elect. proc. execut. subiecto. pag. 68.*

(n) GEORG. GERBERT *c. 1. n. 78. p. 496* add. LYNCKER. *Dec. CCCIV.*

(o) *Vid. ord. polit. tit. II. §. 1. & BERGER. voc. iur. L. IV. tit. XXIV. §. XIV. pag. 1075.*

(p) *Vid. ord. proc. tit. XXII. vom executiv process §. 4* add. IO. HENR. HARTLEBEN *differt. de recognit. instr. per testes cap. II. §. II.*

§. XX.

RECOGNITIONIS TESTIMONIALIS VSUS ANTE ET
POST IURATAM DIFFESSIONEM.

Quando quidem vero certum tempus, intra quod haec probatio offerri debeat, iure civili praestitutum non est, non potest non inde sequi, non solum ante sententiam, quae recognitionem aut iuratam diffessionem iniungit, sed etiam post eam (q), licet haec in rem iudicatam transierit, nec vlla testimonialis recognitionis reseruatio facta sit (r), *subsidiarium* hoc remedium, loco recognitionis vel diffessionis iniunctae, admittendum esse (s), etiamsi aduersarius ad diffessionem iuratam se nondum obtulerit (t), modo non ipsemet documentum eidem submiserit, tunc enim, post acceptatam ab altero diffessionem, recognitionem testimonialem locum non habere, scabini lipsienses pronunciarunt (v), quod tamen fallit, si forte evidens periurii metus adlegari & demonstrari queat. Equidem ratio recognitionis testimonialis, post iuratam diffessionem peractam, eam amplius admittere non videtur, quia frustra remedium, ad euitandum periurium introductum, adhibetur, postquam hoc iam commissum esse adlegatur, eoque iure saxonum utuntur (x). Verum enim vero

(q) RIVIN. *ad O. P. S. tit. XXV. En. XXIX.* WERNHER. *comp. iur. lib. IV. tit. XVIII. §. 15.* recte igitur dicasterium magdeburgense, adpellatione contra decretum, quo recognitio testimonialis reiecta fuit, interposita, pronunciauit: Dafs mit auffhebung des decretis a quo, appellant Thiele mit der recognition des documents sub B. per testes nicht vnbillig zu admittiren.

(r) Quae fieri solet hac formula: es wolte dann klaeger, dafern beklagter zur eydlichen diffession sich erboethe, es dazu nicht kommen lassen, sondern dafs es richtige documenta seyen, durch zeu-

gen erweisen, damit würde er billig zugelassen, vnd ergethet darauf ferner was recht ist. WERNHER. *comp. iur. Lib. IV. tit. XVIII. §. 15.* adde SVENDENDOERFER *ad FIBIG pag. 742.*

(s) WERNHER. *c. l. BERLICH P. I. Concl. XLIV.* add. HARTLEBEN *de recogn. instr. per testes Cap. II. §. IV.*

(t) RIVIN. *c. l. Enunc. XXIX.* add. GERBET. *c. l. n. 171. sq. pag. 484. sq.*

(v) Apud RIVIN. *c. l. En XXX.*

(x) Vid. *O. P. S. tit. XXV. §. 5.* SVENDENDORFER *ad Fibig. proc. p. 738. sq.*

vero, cum iurata diffessio pro litis contestatione negatiua, (y) ipsum vero diffessionis iuramentum pro legali (z) habeatur, extra saxoniam, contrariae sententiae (a) calculum meum eo minus denegare possum, quo certius mihi persuasum est, nec litis contestationem negatiuam, vltiorem auctori probationem (b), nec praestitum iuramentum legale, causae retractationem ab nouas probationes respuere (c), eoque iure iudicia electoralia brunsuico-luneburgica vti, ex ordinationibus iudic. P V F E N D O R F I V S (d) probat.

§. XXI.

(y) LYNCKER. *anal. ad Struu. S. I. C. tit. de fide instr. th. XXIV. pag. 265.*

(z) Vid. §. pr. XVII. not. (r)

(a) Eam etiam amplexi sunt LYNCKER. c. l. MEVIVS *Part. VI. Dec. CCLXXVIII.* BRUNNEM. *ad L. 15. D. de reb. autor. iud. possid.* HARTLEBEN *cit. dissert. cap. II. §. V.* cui tamen placet distinctio, an testes de *veritate*, an solum de *credulitate* testificati sint?

(b) MEVIVS c. l. n. 2 sq. non quidem negat CARPZOVIVS in *process tit. I. art. III. n. 29.* diffessionem iuratam instar litis contestationis negatiuae esse, sed eidem huius vim hoc effectu tribuit, vt reus facta iurata diffessione absolvendus sit, ex ratione, quod actor non probauerit, neque post hanc absolutionem in processu executiuo obtentam, saxonum probationi contrariae. RIVIN. *ad O. P. S. tit. XXV. Enunc. XXVII.* WERNHER. *comp. iur. L. IV. tit. XVIII. §. 29.* aut processui ordinario. WERNHER. c. l. §. 30. locum am-

plius concedere volunt, extra saxoniam vero, in foro iuris communis per diffessionem iuratam processum duntaxat executiuum fisci & auctorem ad processum ordinarium deinceps admittendum esse, Icti quoque saxonici respondere solent, vid. responsa apud RIVIN. c. l. *En. XXVII.* add. WERNHER. *Part. I. obs. CIV.*

(c) Vid. *Praesid. dissert. de retract. causae praestit. iureiurando decisae.*

(d) *Introduc. ad proc. ciuil. bruns. luneburg. Part. III. Cap. VIII. §. XXXVI. pag. 442.* add. SAM. STRYCK *vol. I. disp. halens. 78. de probat. contra praest. iuram. legale. cap. II. §. 9 & Cap. IV. §. 5.* vbi se ita obtinuisse testatur, cum enim reus in processu executiuo, praestito, iuramento, diffessus erat obligationem a se subscriptam & sigillatam in haec verba: *dass die obligation nicht mit seiner bewilligung geschrieben sey, vnd er selbige, da er nicht sanac mentis gewesen, vnterschrieben habe,* actor

§. XXI.

FORMA ET MODVS RECOGNITIONIS TESTIMONIALIS
 ARTICVLORVM PROBATORIORVM NECESSITAS
 FORMA OBLATIO COMMVNICATIO.

Post vsum testimonialis recognitionis demonstratum, pro-
 uehor iam ad *formam & modum*, quo eadem peragenda est, qui,
 cum non discrepet ab eo, qui in probatione *ordinaria*, quae
 per testes fit, determinatus est, eadem quoque in *subsidiaria*
 hac probatione obseruanda sunt, quae *ordinaria* probatio per
 testes requirit. Quamobrem, cum iudex in causis *privatis* te-
 stes ex officio non examinet (e), *primum*, omnium requiritur *de-*
claratio ab eo, qui documentum produxit, vel literis, vel ver-
 bis ore prolatis, in iudicio facta, se fidem documento, quod
 alter diffeffurus est, per testes conciliaturum esse, *er wolle er-*
weisen dass das document ein richtig original sey, adnexo pe-
 tito, vt ad hanc probationem subsidiariam admittatur, vel sal-
 tim *protestatione* subiuncta, ne alter ad diffeffionem admittatur
 (f). *Secundo*, probatione hac per iudicis sententiam admissa,
 certi concipiendi sunt *articuli* probatorii, quia sine his proba-
 tio nullius effectus foret, non solum in saxoniam, sed etiam ex-
 tra

actor vero se obtulisset ad proba-
 tionem contrarii, haec a Ictis vi-
 tembergensibus per sententiam A.
 MDXCIII. publicatam: his verbis:
 dass klaeger mit dem gesuchten be-
 weis wieder den von beklagten ab-
 gelegten eyd billig zu zulassen, non
 solum admissa, sed deinceps quo-
 que haec sententia per quatuor
 conformes sententias confirmata
 fuit, eoque pertinet, quod a DD.
 traditur, quod, post praestitum iu-
 ramentum diffeffionis, ex processu
 summario ad ordinarium deuenien-
 dum, atque probationes & re-
 probationes admittendae sint. MEV.

P. II. D. CLXXI. Part. VI. decis.
 CLXXVIII. LVDOVICI civil. proc.
 Cap. III. §. XXIV.

(e) L. 4. §. 8. D. de damn. in-
 fect.

(f) Formulam vid. apud SVEN-
 DENDOERFER. ad FIBIG. pag. 738.
 hanc oblationem insequitur senten-
 tia interlocutoria. Würde klaeger,
 dass das document ein richtiges ori-
 ginal sey, in ordnungs frist durch
 zeugen erweisen, so würde er da-
 mit billig gehoeret, vnd ergethet
 darauff in der sache ferner was
 recht ist.

tra eam in foro iuris communis (g). Conceptio autem articulo-
rum legitime facienda est, praeterquam igitur, quod articuli
numeris distinguendi & adfirmatiue in tertia persona (h) for-
mandi sunt, perspicuitas quoque & breuitas, nec non perti-
nentia in iis requiritur. Et haec quidem *pertinentia* vnice heic
ex *forma* documenti *extrinseca* aestimatur, quia enim *thema* pro-
bandum in eo versatur, vt veritas originalis ex *manu* siue *sub-*
scriptione & *sigillo*, si id quoque adpositum sit, aliisue, quae
in oculos incurrunt, ostendatur, facile perspicitur ratio, cur,
sicut *interrogatoria* ad articulos *specialia* (i), ita *articuli quoque*
probatorii, non ad documentorum *formam intrinsecam*, siue
contenta & *causae merita*, sed ad *formam* duntaxat *extrinse-*
cam dirigi debeant (k). Vnde articuli ipsa contenta respicientes
non admittuntur, sed, si aduersarius eos impugnauerit, reiiciuntur
(l), nisi quoque, non *causae ipsius merita*, sed *externam* solum
conten-

(g) Ius quidem commune ciui-
le scriptum ignorat vsum articulo-
rum in probatione, sed obseruan-
tia longaeua a CLEMENTE ponti-
fice in clem. saepe de V. S. appro-
bata, in probatione per testes ar-
ticulos vid. supr. §. VI. not. (p) in
fin. pro forma requirit, vid. RV-
LAND de commiss. Part. III. lib.
I. cap. II. n. 2. sq. pag. 2. SVEN-
DENDOERFER ad FIBIG. pag. 624.
STRVV. S. I. C. Ex. XXVIII.
ib. 12.

(h) Art. 1. Wahr dasz zeuge Ti-
tii hand vnd schrift wohl kenne.
vid. PVFEND. intr. ad proc. brunf.
lyneb. Part. III. cap. VI. §. 5.
pag. 387.

(i) O. P. S. tit. XXV. §. V.
add. ducis ERNESTI saxo gotha-
ni gerichts vnd process ordnung
Part. I. cap. IV. §. 29. pag. 49. &

ord. proc. sax. isenac. tit. XIII. §.
§. 32. GERBET. in tractat. de cau-
tel. iuram. Part. III. cap. III. po-
sit. V. n. 128. sq. pag. 177 sq.

(k) Ill. KNORR. in der gründl.
anleit. zum ger. process. lib. II. cap.
XI. §. 25. pag. 165 GERBET cit.
tract. n. 110. sq. pag. 474. HART-
LEBN de recogn. instr. per testes
cap. 2. §. 6. vid. supr. XVIII. not.
(z) & (a)

(l) Si omnes articuli ad formam
intrinsecam diriguntur, pronuncia-
tur: Dasz die von klaegern veber-
gebene beweis articul, siue, die von
beklagten vebergebene interroga-
toria specialia nicht zulæssig. Si
vero quidam formam *extrinsecam*,
reliqui vero formam *intrinsecam*
respiciunt, hi solum reiiciuntur,
formula: dasz die von beklagten
vebergebene vnd auff die merita

contentorum *scripturam* concernant (*m*), cum huius quoque recognitionis per testes permessa sit, si ita ei, qui documentum produxit, placuerit (*n*). Articulis rite formatis, praeter copiam documenti a testibus recognoscendi, *directorium* aliquod, quod, cum *nomina* testium (*o*), tum *indicem* articulorum, super quibus singuli examinandi sunt, complectitur, subiungendum est. Quibus ita peractis, *tertium* oblatio articulorum fieri debet iudici, sub poena desertionis intra terminum ad probandum praescriptum (*p*), qui in Saxonia continet VI. septimanas & III. dies (*q*), extra Saxoniam vero, ubi deficit determinatio

vnd contenta der documenten gerichtete beweis articul oder interrogatoria nicht zulässig. SVENDENDOERFER *ad Fibig. pag. 741.*

(*m*) v. e. Wahr dass in dem document diese deutliche worte zu befinden dass &c. Wahr dass auch in solchem document diese Worte stehen, dass &c. ingleichen wahr, dass ebenfalls darinn diese worte zu lesen, dass, &c. ferner wahr, dass am ende des documents diese worte stehen, vhrkundlich habe ich diesen brief, quittung cetera, eigenhaendig ge-vnd vnterschrieben &c.

(*n*) GERBET c. l. num. 174. sq. pag. 476. sq.

(*o*) Qui omnes simul, saemptlich auff einmahl, si possibile est, nominandi sunt, *reform. francof. Part. I. tit. XXXII. §. I.* qui honesti & fide digni, adeoque omni exceptione maiores seu summae & integrae opinionis esse debent, L. 18. C. de testib. numerum autem testium quod attinet, IVSTINIANVS in

Nou. LXXIII. Cap. I. tres requirit, distinguit autem *ultimo cap.* inter documenta, quae priuatim *ruri* fiunt, aut in *urbe* super negotio vnam *auri libram* non excedente, & inter ea, quae in *urbe* fiunt, super negotio *auri libram* excedente, vt in his numerus ternarius necessarius sit, in illis vero duobus testibus fides habeatur. Hodie vero in praxi discrimen hoc vix obtinet, sed indistincte duo testes omni exceptione maiores sufficiunt. HARTLEBEN *de recognit. instr. per testes Cap. II. §. XI.* GERBET c. l. n. 184. sq. pag. 486.

(*p*) Neglecto ergo termino hoc, qui peremptorius est, productus diffensione iurata non amplius onerandus, sed, adculata producentis contumacia, quae, pro declinanda ea, suscepta est probatio, per sententiam iudicis pro deserta declaranda est. GERBET. c. l. n. 90. sq. pag. 471.

(*q*) Vid. GERBET. c. l. n. 91. sq. pag. 471.

natio specialis per legem prouincialem facta, a iudice in sententia interlocutoria (r) praefigitur (s). Porro, qui articulos offert, petit simul, vt iudex praeuia & documenti & articulo- rum communicatione, tam partem aduersam ad videndum iurare testes & dandum interrogatoria, siquidem his vti velit (t), quam ipsos testes euocet, vt in termino se fistant, & per respon- sionem iuratam documentum in originali exhibitum reco- gnoscant (v).

§. XXII.

*TESTIVM PRODVCTIO ADMONITIO
IVRAMENTVM.*

Quando dies examinis a iudice, vel commissario (vv) ad exa- men delegato, praestitutus venit, vel testes vna cum partibus ci- tatis

(r) Vid. not. praeced. (d)

(s) Vid. supr. §. VI. in *reformat. francof. Part. I. Tit. XXXII. §. I.* is, qui per testes probare vult, si petierit & impetrauerit admissionem, testes in prima vel secunda iuridica producere debet.

(t) Interrogatoria, siue *generalia*, siue *specialia* sint, vnum vel plura in *reformat. franc. P. I. Tit. XXXIV. §. VII.* admittuntur. vid. *reformat. francof. P. I. Tit. XXXII. §. XIV.* modo haec merita causae non contineant, vid. not. pr. (i) & debito tempore, ante examen pera- ctum, exhibita sint. *reformat. francof. cit. part. I. tit. XXXIV. §. VIII.* vid. RVLAND. *de commissar. Part. I. L. V. c. XXXIX. n. 28. sq. pag. 204. sq.* vbi de vsu interroga- torum in iudicio camerae imperialis testatur. GERBET. *c. l. num. 128. sq. pag. 477.* inter specialia inter-

rogatoria maxime vsitatum est hoc: ob zeuge dabey gewesen, als das producirte document sub A. von Titio geschrieben worden, vnd ob er gesehen habe, dass Titius die- ses document geschrieben vnd be- siegelt habe? quod ansam dedit controuersiae, an depositio testium, qui id adfirmare nequeunt, fidem faciat, nec? ne, vid. §. sq. XXIII. not. (k)

(v) GERBET. *c. l. n. 29. sq. pag. 472.* in *reformat. francof. cit. tit. XXXII. §. I.* requiritur, vt is, qui per testes probare vult, pro- ducto denunciaret, vt prima vel secun- da iuridica, qua testes producere vult, compareat, ad videndum iu- rare testes & danda, si velit, inter- rogatoria, quod vero ad fo- renses attinet, eos per literas mutui compassus citari petit. vid. *reformat. francof. cit. tit. XXXII. §. XI. XII. & XIII.*

(vv) Secundum *reformat. francof.*
G 3

tatis comparent, vel emanent; parte alterutra emanente, iudex etiam ex officio iure civili procedere, & testes examinare potest, etiam si producens non comparauerit (x), sed in saxoniam, praeuia contumaciae adcusatione, testes pro desertis habentur, siquidem producens terminum productionis neglexerit (y), producente vero & producto, nec non testibus, vel omnibus, vel quibusdam saltem comparentibus, iudex, si ipse examen dirigat, praeloquitur, commissarius vero insuper mandatum, quo ei potestas examinandi testes commissa est, cum partibus, tum testibus communicat (z). Post haec producens, praeuia gratiarum actione, testes producit, & haec quidem productio de formalibus processus saxonici esse censetur (a), adeo, ut non sufficiat, si testes *praesentes* producti fuerint, sed *absentium* quoque productio necessaria sit (b), qui, tanquam praesentes, producendi, eorumque citatio arctior, praeuia contumaciae adcusatione, praesentium vero examen iuratum, illudque praecedens admonitio, de periurio vitando, petenda est. Peracta hac admonitione, testes praesentes se fideliter veritatem dicturos, & pro qualibus producta documenta habeant, manifestaturos esse, manu stipulata promittunt, omnesque simul vno a-

cu

cos. *Part. I. tit. XXXII. §. II.* duo scabini cum actuario iudicii ad testium examen delegantur.

(x) *L. 19. C. de testib. LYNCKER. Decis. DCCCCXCHX. add. reform. francof. Part. I. Tit. XXXIII. §. XVII.*

(y) Formula pronunciandi haec esse solet: Dafs klæger an denen bey seinem beweiße ernannten zeugen, weil er im productions termin nicht erschienen, sich versäeu- met, er ist auch die diesfals ver- uhrsachte Vnkosten &c.

(z) *BRVNEM. proc. ciu. cap.*

XX. n. 55. STRYCK. Intr. ad pr. for. c. XX. §. 22.

(a) Hodie in saxoniam electorali formalis productio testium non amplius requiritur, dummodo produ- cens in termino comparuerit. *O. P. S. R. ad tit. XX. §. 7.* In pa- tria mea productio omnium testium simul fieri debet, nisi id, ob quorum- dam absentiam vel morbum, fieri nequeat. *reformat. francof. P. I. Tit. XXXII. §. VI.*

(b) Hoc quoque in saxoniam ele- ctorali non amplius requiritur. vid. *O. R. c. l.*

Qua (c), in praesentia partium, depositionis iuramentum praestant. Ex quo enim CONSTANTINVS. (d) testium iuramentum (e) praecisae necessitatis fecit, potestate iudici (f) id remittendi prorsus denegata, illud ad substantiam testimonii (g) relatum fuit. Sicut igitur alias in civilibus, multoque magis in criminalibus (h), nullius testimonio, quantumcunque religiosus existat, (i) illustris (k), aut alias in alio, etiam summo dignitatis fastigio, collocatus (l), aut parens (m) sit, nisi iuratus deposuerit, in alterius praeiudicium credi debet (n), nisi officii ratione

(c) Si tamen cum rusticis nobilibus, vel alii honoratiores producti sint, his formula iuramenti separatim, praelegi solet. RVLAND de commissar. Part. II. lib. II. Cap. XII. n. 13. p. 49.

(d) L. 9. C. de testib.

(e) Illud regulariter promissorium esse, probat HERTEL de iuram. test. praepostero c. I. §. III. formulam. vid. in reform. francos. Part. I. Tit. XXIV. §. IV.

(f) De arbitrio iudicis circa iuramentum testium, vid. Ill. LEYSER. medit. ad Dig. spec. CCLXXXVIII. med. I. sq. quin a productio remissio fieri possit in civilibus, dubium non est. cap. 39. X. de testib. & attestat. reformat. francos. P. I. Tit. XXXVIII. §. IV. nam in criminalibus, nec huic remissioni, quae fit a parte, locum esse, DD. statuunt. BRVNEM. proc. inquisit. Cap. VIII. m. II. n. 42.

(g) Ergo saltem ex regula per mortem aut simile quid suppleri non potest, STRYCK. de morte loco iuratur. Cap. III. §. 7. concurren-

tibus vero adminiculis aliis, mortem testis, per modum exceptionis a regula, pro iureiurando haberi posse, post LYNCKERVM Dec. MXIII. statuit LEYSERVS med. ad Dig. spec. CXLIV. med. XII.

(h) BRUNNEMANN proc. inquisit. Cap. VIII. m. II. n. 42.

(i) Cap. 51. X. de test. & attest.

(k) RVLAND. de Commissar. Part. II. lib. X. cap. XI.

(l) PVFENDORF. intr. ad proc. cin. brunf. luncb. P. III. c. VII. §. XLI. p. 413.

(m) PVFENDORF. c. I. §. XLII. pag. 416.

(n) Cit. Cap. 51. X. de test. & attestat. hinc repetito examine, si depositio iniurata a iurata discrepet, credendum est depositioni iuratae, licet praecedenti depositioni iniuratae non sit conformis. LYNCKER. tom. I. resp. CCXXXIV. n. 29 potest tamen statuto, vel consuetudine, saltem in causis civilibus, introduci, ut testibus nobilibus & illustribus, ergo multo magis principibus. vid. SCHNEIDER de testimonio principis, absque iuramento creda-

(o), cuius intuitu iuramentum praestitit, deponat (p), aut alias res, de qua testimonium dicendum, ita comparata sit, ut testimonio iniurato fides habeatur (q); ita testium quoque ad recognoscendum documentum productorum depositio, iurata esse debet, neque iis, sine iuramento deponentibus, vlla fides attribuitur, ipsum vero iuramentum (r), quod attinet, patrio iure, licet iure iustiniano *veritatis* duntaxat sit, de *credulitate* quoque esse potest (s). Siue

credatur. vid. GAIL. L. I. O. CI. n. 14 vbi de consuetudine regni *bohemiae*, archiducatus *austriae* & ducatus *bavariae* testatur, de privilegio senatorum *cellensium*. vid. PVFENDORF. cit. §. XLII. p. 413. conf. IO. HENR. MEIER in *πρυττανολογία* *testium privilegiator.* sect. III. & LVDOVICI *de teste contumace* cap. III. §. XII. sq. an autem testis, qui ex consuetudine loci iniuratus deposuit, si veritatem celauerit, *periurii* & *falsi* testimonii, vel *stellionatus* reus sit, vide id negantem LVDOV. CHARONDAM lib. I. *verif.* cap. XXIX. tom. I. *thes. iur. civil.* pag. 902.

(o) Ergo non simpliciter admitti potest, quod a GAILIO cit. obs. CI. n. 15. traditur, aulicis credendum esse, ob iuramentum semel praestitum, si deponent, *bey dem eydt, womit sie ihrem herren zugehan.* vid. MOLLENBEC. *de arbitr. & potestat. iudic. circa iuram.* cap. IV. §. 3.

(p) L. 5. C. de *exact. tribut.* vid. *reform. francof. Part. I. Tit. XXXII. §. VII. VIII. & IX.*

(q) Sic vita ante acta testimoniis etiam scriptis & iniuratis probatur B. Cancell. BOEHMER. in I. P. E.

tit. XII. §. X. in genere autem notandum, quod, etsi testi iniurato non credatur, eius tamen verba praesumptionem aliquam faciant. MASCARD. *de probat. in proem. qu. V. & conclus.* MCCLXIX. n. 18. LYNCKER. tom. I. *resp.* XCIX. n. 46.

(r) Vid. GERBET. c. l. n. 160. pag. 482. vbi hac formula iurandum esse putat: Ich schwöre zu Gott dem allmächtigen einen leiblichen eydt, daß ich in irrigen sachen, Caium vnd Titium betreffende, darinn ich zum zeugen angegeben worden, auff die mir gerichtlich vorgelegte vhrkunden, wofür ich dieselbe halthe vnd erkenne, veber die mir vorzuhaltende articul vnd fragstücke, die rechte reine wahrheit, vnd was mir bewust ist, getreulich anzeigen, aussagen, bekennen, vnd nichts verschweigen will, weder vnfreundschaft, feindschaft, geschenke oder gabe willen, oder, wie es nahmen haben mag, so wahr mir Gott helff vnd sein heiliges wort.

(s) Vid. *supr.* §. XVIII. not. (f) hodie tamen in *saxonia* electorali iuramentum credulitatis non amplius admittitur. vid. §. sq. XXIII. not. (2)

Siue autem de veritate, siue de credulitate testes iurent, rite id fieri debet, *rite* iurasse videntur, si iuramentum eorum depositionem praecesserit (*t*), quod, ne testes, spe iuramenti remittendi, animosius deponant (*v*), pro forma requiri putatur, adeo quidem, ut, si constet, testem prius deposuisse, & postea iurasse, nisi causa summaria sit (*x*), depositio non valeat (*y*), sed noua depositione opus sit (*z*), cum paria sint, nihil & non debite fieri (*a*). Cumque porro idem sit, non esse & non adparere (*b*), non sufficit testem iurasse, nisi de eo ex actis constet. Quamobrem, quia iuramentum, nisi in antiquis versemur (*c*), praestitum esse non praesumitur (*d*), nemo non facile rationem perspicere potest, ob quam iuramentum a testibus praestitum actis inferendum sit (*e*), utque id *in specie* fiat, pro cautione add. commendetur (*f*), quamuis quidam verba *narratiua* ac *enunciatiua* (*g*) sufficere existiment.

§. XXII.

(*t*) BRVNEM. *proc. ciu. cap. XX. n. 61.* MOLLENBEC. *de arbitr. & potest. iud. circ. iuram. cap. IV. §. ult.*

(*v*) In dubio, testem prius iurasse & postea deposuisse, praesumendum est. MASCARD. *de probat. conclus. MCCCLXIX.*

(*x*) PVFENDORF *intr. ad proc. ciuil. bruns. lueb. P. III. c. VII. §. XLIV. pag. 415.*

(*y*) *Cap. II. in fin. X. de test. & attestat. verbis: receptis prius ab ipsis, secundum formam recipiendorum testium, iuramentis. add. ZIEGLER. ad LANCELOT. instit. iur. can. L. III. tit. XIV. §. 6. PVFENDORF. cit. §. XLV. p. 415.*

(*z*) BRVNEM. *cit. cap. XX. n. 61. & in proc. inquisit. cap. VIII. m. II. n. 46. sq.*

(*a*) *L. 3. §. 1. D. commod. huic regulae MOLLENBECIVS de arbitr.*

& potest. iud. circa iuram. cap. IV. §. ult. strictissime inhaeret. Ut ne quidem admittat limitationem SAM. STRYCKII, qui in introd. ad prax. for. cap. XVIII. n. 11. cum BRVNEM. cit. cap. XX. n. 61. depositionem testium validam esse putant, si quidem iuramentum post eam, sed in continenti praestitum fuerit.

(*b*) *L. 30. D. de test. tut. L. 77. D. de contr. empt.*

(*c*) MASCARD *de probat. in prooem. qu. V. n. 82.*

(*d*) MASCARD *c. l. RVLAND de Commissar. Part. II. lib. II. c. XII. n. 14.*

(*e*) Si ex actis de dictis quidem testium, sed non de iuramento constet, dicta eorum semiplenam tantum fidem habent. RVLAND *c. l.*

(*f*) RVLAND. *c. l. n. 15. & 16.*

(*g*) *v. c. talis in testem productus & iuratus examinatus est.*

§. XXIII.

TESTIVM EXAMEN, DEPOSITIO.

Praestito iuramento, iudex ad examen testium progreditur, quod in loco *iudicii*, nisi testes personae egregiae sint (*b*), *clam* siue partibus semotis (*i*), praesente tamen actuario (*k*), sic instituendum est, ut testes non in turba (*l*), sed quilibet eorum *seorsim* (*m*), omnes tamen (*mm*) examinari debeant (*n*), iuxta ordinem

(*b*) Vid. *reform. francof. Part. I. Tit. XXXII. §. VI. add. PVFENDORF. intr. ad proc. ciuil. brunf. luneb. Part. III. cap. VII. §. XLVIII. pag. 416. & MOLLENBEC. de arbitr. & potest. iudic. circa iuram. cap. IV. §. 7. MEV. P. V. Decis. CCXXXVII.*

(*i*) Testes in iudicio, antequam partes secesserunt, non examinari, ex communi DD. sententia fori vsus introduxit quidem, sed ciuili iure idem non obtinuisse, verum inuita iurisprudencia hunc morem receptum esse, plures a BRVNNE-MANNO *cap. XX. n. 66. & THOMASIO ad LANCELOT. pag. 1545. adlegati statuunt, vid. Gundlingiana Part. IX. obs. IV. pag. 372. vbi GVNDLINGIVS §. III. sq. verba ZENONIS in L. 14. C. de test. quod testes intrare debeant secretum iudicis, de secretario, quod idem, quod tribunal, vel forum significat, accipienda esse probat.*

(*k*) Examen testium, quod vel a solo iudice fit, vel a solo actuario, personis iudicialibus non adhibitis, nullum est. WERNHER. *obs. select. in supplem. ad Part. I. obs. I. n. 4. hinc in reform. fran-*

cof. Part. I. Tit. XXXII §. II. ut duo scabini cum actuario testes examinent, requiritur.

(*l*) STRVV. *S. I. C. Ex. XXVIII. ib. XLV. PVFENDORF. proc. ciu. Part. III. c. VII. §. XLIX. p. 416.*

(*m*) *Ref. francof. Part. I. Tit. XXXIV. §. IV. ibi: solle ein ieder zeuge insonderheit fürgenommen werden.*

(*mm*) Nisi effraenata sit multitudo, quae ad vexandum aduersarium non est admittenda *L. I. §. 2. de test. hanc autem INNOCENTIVS III. hinc inde sic refracnari voluit, ut ultra quadragenarium testium numerum non excedat. cap. 37. X. de test. & attestat.*

(*n*) Hoc etsi apud romanos non obtinuisse, ANTON. MATHAEI *de criminibus L. 48. tit. 15. c. 4. §. 9. contra quorundam opinionem adstruit, grauissimas tamen ob causas, scilicet ne verum proferre metuant, neue mutuis confabulationibus se instruant, aut subornent, vid. MEICHSNER tom. I. Decis. cam. XXVII. n. 5. sq. pag. 410. moribus receptum esse, experientia testatur. HERT. de inspect. ocul. Vol. I. tom. 3. op. §. XXXVIII. p. 265.*

nem in directorio praescriptum, nisi iusta hunc mutandi causam adsit (o), ob hanc enim iudex ab eo recedere ac initium facere potest a testibus, qui vel longissime a loco iudicii absunt, vel a senioribus, vel ab iis, qui optimam rei, de qua agitur, notitiam habent, v. c. si testes quidam, qui negotio, super quo scriptura confecta est, praesentes, cum aliis, qui praesentes non fuerunt, producti sint, non ab his, sed ab illis initium fieri debet, ipsi vero testes, quantum fieri potest, ieiuni vel modice pransi, in ipso termino praefixo, die etiam feriato & noctu, si interdum examen absolui nequeat (p), examinandi sunt (pp), primum super interrogatoriis *generalibus* (q), deinde super *articulis* & interrogatoriis *specialibus* ad singulos articulos directis (qq). Nam si testes, contra iuris ordinem, super articulis aut interrogatoriis examinentur, adeo nihil probant, ut ne quidem indicium faciant (r), quamvis, si testis *nesciendo* (s), vel *negando* ad articulum respondeat, eum ad interrogatoria specialia examinare, supervacuum sit (t). Praeterquam autem, quod articuli & inter-

H 2

roga-

(o) STRYCK. *introd. ad prax. for. c. XVIII. §. XIII. add. BRVN-
NEM. proc. ciu. cap. XX. n. 58.*

(p) BRVNNEM. *c. l. n. 66. in patria mea necesse non est, ut testes statim post praestitum iuramentum examinentur, citati autem sumptibus producentis comparere tenentur, vor den verhoeren zu gewöhnlichen tagzeithen, nemlich auff die rathstaege. reform. francof. Part. I. Tit. XXXIV. §. I.*

(pp) *In reformat. francof. cit. tit. XXXIV. §. II. nona admonitio requiritur, sollen, so sie erscheinen, zufferst ihres geschwornen zeugen eyds mit fleis erinnert, vor straff des meineyds vnd falscher zeugniss ernstlich verwarnet vnd allein die bewusste lautere wahrheith, ohne ein-*

mischung einiges falsches, zu bezeugen, treulich ermahnet werden.

(q) Interrogatoria generalia, super quibus testes ex officio examinandi sunt, si productus nulla exhibuit. vid. in *reform. francof. cit. tit. XXXIV. §. V.*

(qq) Vid. *reform. francof. cit. tit. XXXIV. §. VI. STRVV. S. I. C. Ex. XXVIII. th. XLV. BRVN-
NEM. c. l. n. 68. STRYCK. intr. ad prax. for. C. XVIII. §. XIV.*

(r) TABOR. *relat. argent. CLV. n. 5.*

(s) Quid iudici incumbat faciendum, si testis *obscure* vel *nesciendo* respondeat. vid. BRVNNEM. *cit. cap. XX. n. 69. §. 70.*

(t) PVFENDORF. *cit. cap. VII. §. XLIX. pag. 417.*

rogatoria *clare & distincte* testibus praelegi debent, sensus quoque illorum, si opus fuerit, explanatione adiecta, declarandus est (u), *vultus* etiam eorum & *gestus*, ut ab examinatore observandi sunt; sic quoque ab eo, quid observatum fuit, in protocollo fideliter consignandum est (x). Ipsam vero testium *depositionem* quod attinet, testes *rite* (y) & *oraliter*, non in scriptis (z) respondere iubentur, & iure quidem *ciuili* (a) nec non *saxonico electorali* (b), de eo, quod ipsi viderunt, vel audiuerunt (c). *Dass sie damahls, als dieses document sub A. ausgestellt worden, mit zugegen gewesen, auch wie Titius solches geschrieben und besiegelt, selbst gesehen, oder dass der product sich zu solchem document bekannt habe, von ihm selbst gehoeret* (d), Quemadmodum enim generatim ius ciuile requirit, ut testis non solum testetur (e), sed suae etiam testationis & scientiae sufficientem ac

con-

(u) PVFENDORF. c. l. §. L. p. 417. vid. BRUNNEM. cit. cap. XX. n. 68. §9.

(x) Vid. L. 10. §. 5. D. de quaest. PVFENDORF. cit. §. L. p. 417.

(y) STRVV. S. I. C. Ex. XXVIII. ib. XLV.

(z) L. 3. §. 3. D. de testib. STRVV. S. I. C. Ex. XXVIII. ib. XLIII. ZIEGLER. ad LANCELOT. inst. iur. can. L. III. tit. XIV. §. VIII. testis, qui non viva voce, sed in scriptis testari vult, pro *contumace* habetur, LUDOVICI de teste *contum.* cap. III. §. 22. fallit tamen hoc, si consuetudine introductum sit, ut testis in scriptis testimonium perhibeat, vid. GAIL. L. I. O. C. n. 21. 22. ubi de consuetudine bohemiae, austriae & bauariae testatur, vid. late de testibus ratione depositionis nuncupativae privilegatis. IO. HENR. MEIER in

πεντελογισίᾳ testium privilegator. sect. V.

(a) Nou. LXXIII. cap. I.

(b) O. P. S. R. Tit. XXVII. §. 7.

(c) Vid. CICERO pro Archia poeta, ubi cap. IV. testem excitat L. LVCVLLVM his verbis; adest vir summa autoritate & religione & fide L. LVCVLLVS, qui se non *opinari*, sed *scire*, non *auduisse*, sed *vidisse*, non *interfuisse*, sed *egisse* dicit.

(d) O. P. S. R. tit. XXV. §. 5. etiam in patria mea confessio extraiudicialis, coram notario & testibus, vel aliis viris honestis facta, plene probat, si causa simul, ob quam facta, declarata sit, cumprimis, si altera pars praesens confessionem acceptaverit, vid. ref. francos. Part. I. Tit. XXX. §. I.

(e) L. sola testatione 4. C. de testib.

concludentem rationem (f) per illum sensum reddere debeat, quo actus ille, de quo quaestio est, percipitur; ita quoque in recognitione documentorum per testes, his principiis IUSTINIANVS (g) insistere voluit, excluso testimonio, cum de *auditu*, scilicet *alieno* (h), nam de *proprio* auditu testis valide deponere potest, tum de *credulitate*, quamobrem, si productus speciali hoc interrogatorio vtatur, ob zeuge dabey gewesen, als das producirte document sub A geschrieben worden, vnd ob er gesehen, dass Titius solches geschrieben vnd besiegelt habe? omnino requiritur, vt testis non *negatiue* (i), sed *adfirmatiue* respondeat (k). Patrio vero iure, quod olim etiam in saxoniam electorali obtinuit (l), responsio testium, quod cognitam habeant manum

H 3

& si-

(f) L. 18. C. de testib. TABOR Decis. CXXI. n. 60. hinc testis a iudice ex officio, licet id productus non petierit, de causa scientiae suae & omnibus circumstantiis, vmb gründliche vhrfachen seines wissens und wahrsagens, auch zeith, mahlstatt vnd andere vmbstaende, interrogari debet, soll eigentlich befraget werden, obgleich der gegen-theil solches durch interrogatoria also zu beschehen, nicht begehret haect, si enim testis rei articulo comprehensae nullam scientiam habeat, aliis interrogatoriis non opus est. *reform. francof. Part. I. tit. XXXIV. §. VI.*

(g) Cit. Nou. LXXIII. C. 1.

(h) Eo respicit brocardicum, plus valere vnum testem oculatum, quam decem auritos. LUDOVICI doct. pand. tit. de testib. §. VIII.

(i) Testes negantes nihil probant. vid. Ill. LEYSER, med. ad Dig. spec. CCLXXXVI.

(k) Quaestionem hanc in vtram-

que partem versat GEORG. GERBET. in tract. de cautelis iuramentor. sect. III. cap. III. posit. V. n. 143. pag. 479. sq. diuersa enim est circa eam DD. opinio, dum alii solam testis responsionem, quod cognitam habeat manum & sigillum, non sufficere, contra alii eam sufficere statuunt, alii vero mediam sententiam ineunt, vt scilicet eam pro sufficienti ex regula habeant, in certis vero casibus, per modum exceptionis a regula admittant. vid. RIVIN. ad O. P. S. tit. XXV. n. XXXII. sed verius est, iure civili iustiniano hanc responsionem testis, prorsus insufficientem esse, nihilque ideo probare posse.

(l) Vid. O. P. S. de Ao. MDCXXII. tit. XXV. §. 4. ibi: sollen dieselbe (zeugen) vorher schwöehren, dass sie auff die vorgelegte vhrkunden, wofür sie dieselbe halthen oder erkennen, die rechte wahrheit sagen wollen.

& sigillum scribentis, seque certo credere, hanc esse manum scribentis(m), admittitur, eoque iure hodie in germania utimur, nisi per receptionem iuris romani, quod in iudiciis quibusdam factum est, patrio iuri derogatum esse, probari queat, quod hodie in saxoniam electorali dubio caret, quoniam, ut dixi, expressa lege (n) ius civile romanum comprobatum est.

§. XXIV.

DEPOSITIONIS CONSIGNATIO PRAELECTIO TESTIVM DIMISSIO ROTVLI CONFECTIO.

Vt testium depositiones fidem habeant, eadem manere, non autem immutari debent; recte igitur ex eo concluditur, ab actuario, testium responsiones, verbis ab ipsis testibus prolatis, sine quibus de mente eorum constare nequit, quantum fieri potest, & quoad verba testis ad rem ipsam faciunt, in protocollo accurate consignandas esse (o), praeterquam enim, quod aliis verbis ab examinatore vel actuario substitutis, non ipse testis, sed examinatore vel actuario pro teste loqui videtur, nihil facilius evenire potest, quam, ut per verba, quae substituuntur, testium depositioni, alius omnino sensus, menti eorum prorsus contrarius, adfingatur (p). Quamobrem, ne de mente & constantia testium subdubitetur, finito examine, depositio a quolibet teste, cum ad singulos articulos, tum ad interrogatoria facta, eidem iterum praelegenda est, non solum ut occasionem

(m) *Supr.* §. XVIII. *not.* (a)

(n) *O. P. S. R. ad tit.* XXV. §. 5.

(o) *PVFENDORF. proc. ciu. Part. III. c. VII §. LI. p. 747. vid. reform. francof. P. I. tit. XXXIV. §. III. ubi disponitur: dieweil auch an verhoerung der zeugen, vnd der kundschafft fast viel gelegen, so soll desto mehr fleis, damit dieselbige wohl vnd recht gefast werde, vnd die verhoer ordentlich geschehe, angewendt werden, & §. VII. ibi, vnd*

sein auffage zu dem examine *eigentlich* aufgeschrieben werden, porro §. X. ne verba mutantur, diserte praecipitur: Es soll der gerichtsschreiber dem zeugen seine worte, wie er die geredt hatt, lassen, vnd nicht veraendern, die waeren dann so dunckel vnd vnrichtig, das sie nicht wohl moechten verstanden werden.

(p) *STRYCK. intr. ad prax. for. cap. XVIII. §. XIV. WERNHER. select. obs. Part. V. obs. CLXIII.*

fionem nauciscatur iudicandi, an recte examinator mentem suam perceperit, nec ne? sed etiam vt errorem, si quem forte commiserit, corrigere (*pp*), nec non quae obscure dicta sunt, dilucidius declarare queat (*q*), omiffa hac praelectione, certo modo siue ad hunc effectum, vt praelectio fiat, examen repetitur (*r*). Porro ad excludendam omnem suspicionem *subornationis* ex parte *producentis*, vel *suggestionis* ex parte *contestium*, testes non aliter, quam imposito & stipulata manu promisso silentio dimittuntur (*s*), idque factum esse, in protocollo quoque consignari debet. Quibus ita peractis, nihil potest esse reliqui, quam, vt omnium testium depositiones in instrumentum publicum, quod *rotuli* nomine venit, secundum formam in recessu imperii nouissimo de A. MDCLIV. (*t*) praescriptam, redigatur (*v*). §. XXV.

(*pp*) In *reform. franc. cit. Tit. XXXIV. §. IX.* non solum praelectio requiritur, sed quaeri etiam testis ab examinatoribus debet: Ob es recht aufgeschrieben, vnd er es dabey wolle bleiben lassen, ob er etwas vergessen, oder in seiner kundschafft aendern oder erklæren wolle?

(*q*) Si id sponte non faciat, admonendus est a iudice, seine antwort vnd meinung noch einmahl verstaendlicher anzuzeigen. *reform. francos. cit. tit. XXXIV. §. X.* add. *LAVTERB. coll. th. pr. tit. de testib. §. XLVIII.* BRUNNEM. *proc. civil. cap. XX. n. 74. §. 75.* PUFENDORF, c. I. §. LI. pag 417.

(*r*) SCHOEPEF. *dissert. de repetend. testium exam. cap. VI. n. 31.*

(*s*) In *reformat. francos. Part. I. Tit. XXXIV. §. XI.* nihil quidem de promissione silentii a teste facienda occurrit, sed tamen silentii impositio requiritur, verbis: Zum letzten soll dem zeugen, nach verlesung seiner kundfage, einge-

bunden vnd aufferleget werden, dieselbig bey sich, bis nach eröffnung der kundschafft, in geheim zu behalten. add. *STRUV. S. I. C. Ex. XXVIII. th. XLV.* BRUNNEM. c. I. n. 78 PUFENDORF c. I. pag 418.

(*t*) §. im übrigen 52. ibi: ihren rotulum &c. jedesmahl dergestalt abfassen, daß nach einem ieden beweis articul aller vnd ieder auffage in ihrer ordnung, mit den worten, wie ieder zeuge geredet, also gleich subnectiret, vnd wann also bey dem dem ersten articul aller vnd ieder zeugen sage vntersezet worden, folgens der andere articul wieder voran, vnd abermahl demselben aller vnd ieder zeugen depositiones wörtlich vnd ordentlich vntergestellet, auch in solcher ordnung durch alle articul, wie auch bey denen interrogatoriis verfahren werde, damit der richter aller zeugen aussage auff einen ieden articul allezeit vnter augen haben koenne.

(*v*) PUFENDORF, *proc. civil. Part.*

§. XXV.

ROTVLI OBSIGNATIO REPROBATIO.

Restat adhuc excutienda quaestio, an, iuxta stylum processus probatorii communis, hic quoque *reprobationi* locus concedendus, atque adeo testificationes super recognitione documentorum iuratae in rotulum redactae, a iudice obsignandae & apud acta clausae retinendae sint, donec, reprobatione peracta, certo in termino ad petitionem producentis praefixo, partibus publicentur? non diffiteor, quod in vtramque partem multa in mentem veniebant, ut fere in negatiua haeserim sententia, certo enim certius est, testificationes has speciem *recognitionis* esse, quae licet *mediata & subsidiaria* sit (x), surrogata tamen est, in locum recognitionis ordinariae & immediatae, iam vero modus procedendi in hac recognitione vsitatus id deposcit, ut eadem, simulatque facta est, confestim, in conspectu tum iudicis, tum litigantium, actis per modum registraturae inferatur, ut cuilibet palam adparere possit. Quandoquidem igitur surrogatum naturam eius sapit, in cuius locum surrogatum est (y), recte ex eo cogi videtur, surrogatam hanc recognitionem & iuratas super ea testificationes, in forma patente sine omni obsignatione, in actis eo magis relinquendas esse, quo magis ordini processus conuenit, ut, facta recognitione, super eadem statim pronuncietur (z), reprobationi vero heic vel ideo nullus locus concedendus sit, quod, probato debito, vel alia re, de qua documentum per testes recognitum agit, reprobatione non sit opus, quodque, legitime a creditore probato debito, quod debitor negauit, hic omnibus suis exceptionibus priuetur (a). Verum enim vero, cum certissima sit iuris regula, licere, quod non

Part. III. cap. VII. §. LIII. sq.
pag. 418. sq.

(x) *Supr.* §. XVI. in fin.

(y) *L. I. §. 10. si is, qui testam. lib. esse iuss.*

(z) *Diserte hoc in recognitione*

quoque testimoniali requiritur, in
Ord. proc. sax-isenac. Tit. XXIII.
§. 4. in fin ibi, auff welche durch
zeugen beschehene recognition her-
nach zu erkennen.

(a) *Auth. contra C. de non num. pec.*

non est vetitum (b), non video, cur non audiendus sit is, qui ad contrariam probationem se offert, tametsi nullam legem pro se adlegare queat, qua reprobatio contra hanc recognitionem concessa sit, sufficit enim, nullam adesse rationem concludentem impeditivam & maxime quidem contra testificationes de credulitate eo facilius reprobatio admittenda est, quo facilius fraus, vel saltem error committi a testibus potuit (c), neque natura surrogatorum in contrarium me mouere potuit, quoniam argumentum ex ea depromptum, nullius roboris est, simulatque diuersa ratio, quae subest, adlegari potest (d). Vnde mireris, in ea specie, quam refert GERBET (e), leutationem admissam fuisse, contra sententiam, qua, petente actore, ut attestata, quae a iudicio salinario halensi *thalgerichte* obsignata, & per duos fere annos clausa fuerunt, publicarentur, die XIII. Febr. A. MDCCVI. pronunciatum fuit: Weil die aufgenommene zeugnisse de A. MDCCIV. post fol. 257. & 463. annoch befindlich, daher das iudicium, wie die recognition geschehen sey, nicht ersehen kann, als wird gestalthen sachen nach das zeugniss nunmehr vor publicirt geachtet.

§. XXVI.

REPROBATIONIS DEFINITIO VSUS ET DIVISIO.

Reprobatio est actus *iudicialis* (f) *subsidiarius*, quo is, contra quem probatio suscipitur, iudici causae controuersae legitime

(b) *Supr.* §. VI.

(c) HARTLEBEN *de recognit. instr. per testes cap. II. §. ult.*

(d) L. 57. §. 5. D. de V. O. L. 16. pr. D. de poen. vid. Ill. Dn. PESTEL *de caut. adplicat. axiom. surrogatum sapit naturam surrogat.* si igitur oblationi ad reprobationem factae altera pars contradicat, pronunciat: Dafs Titius, des von

Caio beschenehen vorwendens ohngeachtet, mit dem gesuchten gegenbeweis, in saechsischer (vel ordnungsfrist) gehoeret wird. SVENDENDOERFER ad FIBIG. pag. 742.

(e) In tr. de caut. iuram. sect. III. cap. III. posit. V. n. 161. sq. pag. 482. sq.

(f) *Supr.* §. II. not. (b)

gitime per argumenta idonea fidem facit, contrarium eius, quod probans adseruit, verum esse. Rationem, ob quam *subsidiarius* hic actus vocatur, inuestigare & consequi non admodum difficile fuerit, quia enim reprobatio non prius, quam si ex aduersarii probatione praeiudicium alteri imminet, atque adeo in extremum subsidium suscipitur, haud incongruens est, eam inter actus iudiciales subsidiarios referre. Vbi igitur ex probatione nullum metuendum est praeiudicium, vsus quoque reprobationis nullus alius esse potest, quam, vt ex litis protractione iudiciis & aduocatis lucrum adferat, vnde non est, cur mireris, quod frequentior in germania sit reprobatio, quam apud romanos fuit, ex quo enim fori vsu inualuit sententia, testes clanculum seu semotis partibus examinandos esse (g), in potestatem eius, contra quem probatio suscepta fuit, vt ex testium depositionibus, quid alter probauerit, percipere possit, eo minus cadit, quo magis constat, eum qui reprobatione vti intendit, ad eam, tantum non vbique (h), non nisi ante attestatorum publicationem admitti, quia ergo anceps & dubius haeret, an intentio alterius probata sit, nec ne, plerumque praeiudicii, quod sibi imminere ex probatione veretur, auertendi causa, ad reprobationem confugere solet. Quod si tamen dilucide ex actis adpareat, eum, cui onus probandi incumbit, oblatam probationem vel deseruisse, vel eandem ad thema probandum non rite adcommodasse, aut sponte eidem renunciasse, stultus omnino dicendus foret, qui hisce in casibus reprobandi onus citra necessitatem in se suscipere vellet, quia actore vel reo, cui exceptionum probatio iniuncta est, non probante, hic vel absolendus vel condemnandus est (i). Quemadmodum vero, pro argu-

mento-

(g) Vid. *supr.* §. XXIII. not.

(i)

(h) Vid. PUFENDORF. *intr. ad proc. brunsvic. luneburg. Part. III. cap. XVI. §. X. pag. 490.*

(i) In iudiciis duplicibus, vbi actori reus ad restituenda quaedam obligatus esse potest, ad hunc effectum, vt actor condemnari queat, reprobationem hisce in casibus

mentorum diuersitate(k), probatio alia *artificialis*(l), alia *inartificialis* est; ita eadem distinctio in *reprobatione* quoque locum habet, ut alia sit *artificialis*, alia vero *inartificialis*, siue autem artificialis sit reprobatio, siue inartificialis, siue *directe* contra probationem, quae reprobatio in *specie* dicitur, siue ad veritatem *exceptionum* demonstrandam dirigatur, vtraque plerumque coniungi solet ac debet, quia cuilibet parti vna tantum probatio conceditur. Cumque haec reprobatio pro specie *defensionis* habeatur, nemini denegari debet, etiamsi in sententia nulla eius mentio facta sit, quamuis contra reprobationem, ne lis in infinitum protrahatur, noua reprobatio ex ordine(m) denegetur.

§. XXVII.

CONCURSVS REPROBATIONIS ARTIFICIALIS ET INARTIFICIALIS
TEMPVS SVSCIPIENDAE REPROBATIONIS
ARTICVLORVM OBLATIO TERMINI
REPROBATORII INITIVM.

Argumentorum *artificialium* & *inartificialium* concursus in reprobatione, perinde ut in probatione (n) locum habet(o), neque

I 2

bus offerri posse, eamque a iudice recipiendam esse, post SVENDOERFER. *ad FIBIG.* pag. 639. docet PUFENDORF. *in proc. civil. Part. III. c. XVI. §. 13. pag. 492.* sed vix admitti potest haec doctrina, praeterquam, si reus per viam reconventionis, quod actor sibi debet, petierit.

(k) Supr. §. V.

(l) Supr. §. VI.

(m) Vid. PUFENDORF. *c. l. §. XV. pag. 493.*

(n) Supr. §. VI.

(o) Ergo & iuramentum deferendi facultatem includit, ut nulla re-

seruatione, licet haec plerumque sententiae inferatur, opus sit, quatenus scilicet de probatione *exceptionum* sermo est, nam in *reprobatione strictae* sic dicta, qua directe contrarium eius, quod aduersarius in probatione adseruit, ostendi debet, iuramenti delatio non admittitur, quia, actore non probante, superfluum foret iuramentum, cum reus nihilominus absolendus sit, eo autem probante, non necesse est, ut iuret, quia conscientiam suam per probationem exoneravit. Ill. KNORR. *anleith. zum gerichtl. proc. L. I. cap. XV. §. 6.*

que etiam iure civili iustiniano reprobatio ad certum terminum adligata est (p), sed tam ante, quam post publicatam probationem offerri potest, quamvis hodie reprobatio in *specie* sic dicta, ut dictum (q), ubique fere ante probationis publicationem peragenda sit, quod tamen ad *exceptionum* probationem extendi non debet, haec enim, licet ex regula cum illa coniuncta esse soleat, semper tamen post publicationem attestatorum admittitur (r). In foro autem saxonico, sex hebdomadum & trium dierum spatium (s) terminus hic includitur, intra quod reprobatio in *specie* sic dicta cum probatione exceptionum iudici offerenda est, licet in sententia huius spatii nulla facta sit mentio (t), vel probatio extra ordinem spatium amplius praestitutum habeat (v). Extra saxoniam vero in foro iuris communis, ubi specialis determinatio legalis deficit, arbitrio iudicis relictum est, quodnam spatium ad reprobandum praescribere per sententiam velit, plerumque tamen idem spatium, quod probationi praescribitur, reprobaturo quoque concedi solet. Quandoquidem vero terminus hic reprobativus *peremptorius* quoque est, cauendum omnino est, ut, antequam elaboratur, articuli *reprobatorii* iudici offerantur, qui, quoniam cum reprobatione in *specie* sic dicta coniuncta est ex ordine probatio *exceptionum* (x), merita quoque causae con-

(p) LUDOVICI *einleitb. zum civil. proc. cap. XVIII. §. V. PFENDORF. c. l. §. X. p. 490.*

(q) §. *praeced. XXVI.*

(r) Ill. KNORR. *Anleitb. zum gerichtl. process. Lib. I. cap. XV. §. 6.*

(s) O. P. S. *Tit. XXI. §. I. ibique BERGER. in elect. disc. for. obs. I. pag. 696.*

(t) O. P. S. *cit. §. I.*

(v) Veluti in controuersia de iure braxandi suborta, ubi duo menses ad ius hoc probandum quidem conceduntur, vid. *supr. §. XXI.* sed nihi-

lominus reprobatio ad spatium VI. hebdomadum & III. dierum adstringitur, de quo tamen GRIEBNER. *princ. proc. iud. L. I. C. III. sect. V. §. I. lit. (a)* non immerito dubitandum esse dicit, imprimis, si sententiae solemnis illa clausula, *in eben maessiger frist*, adiecta fuerit, quia enim ex natura correlatorum probatio & reprobatio eodem iure aestimari debet, nulla sufficiens ratio adparet, cur non in *reprobatione* idem spatium obtineat, quod in *probatione*, extra ordinem licet, praestitutum est.

(x) §. *praeced. XXVI. in fine.*

continere possunt. Cessat enim ratio, ob quam articuli in probatione, quae ad veritatem documenti demonstrandam suscipitur, ad formam duntaxat extrinsecam dirigendi sunt (y). Quod autem ad initium huius fatalis eiusque computationem attinet, eius determinatio non ubique eodem modo facta est, in quibusdam iudiciis simultaneo processu cum probatione peragenda est (z). In camera imperii, secundum recessum imperii nouissimum de A. MDCLIV. (a) offerenda est reprobatio in termino ad duplicandum praefixo, in saxoniam electorali hodie terminus probatorius statim ab eo tempore, quo producto articuli probatorii insinuati sunt, currit, modo ex legitima registratura de insinuatione ad acta consignata constet, nam, consignatione hac neglecta, actuarius quidem mulctatur (b), sed desertionis poena non obtinet. Verum enim vero, ut in foro iuris communis, si iudex per sententiam non iniunxerit, ut probatio & reprobatio simultaneo processu peragatur (c), vel alium terminum non praefituerit, ante citationem ad rotuli probatorii publicationem emissam & priusquam haec publicatio facta est, non currit (d), ita idem in saxoniam ducali & ducatu magdeburgico obtinet, praeterquam, quod in saxoniam ducali terminus VI. hebdomadam &

I 3 III.

(y) §. *praeced.* XXI.

(z) Quia in foro cellensi simultaneus hic processus receptus est, reprobaturo statim cum communicatione articulorum probatoriorum terminus ad offerendam reprobationem praefigitur, posteaque testes reprobatarii vno actu cum probatoriis examinantur, quod, sicut cum praxi summi tribunalis cellensis conuenit, vid. PVFENDORF. *cit. cap.* XVI. §. VII. *pag.* 487. ita in terris quoque calenbergicis secundum hanc praxin procedere solent. PVFENDORF. *c. l.* §. X. *pag.* 490. nullo autem termino a

iudice praefixo, in cellensibus quoque iudiciis sufficit, oblationem ante publicationem rotuli probatorii factam esse.

(a) §. *Desgleichen* 48. eodem iure hodie in ciuitate luneburgensi vtuntur. vid. PVFENDORF. *c. l.* §. XII. *pag.* 492.

(b) Vid. *O. P. S. R. tit.* XXI §. I. ubi poena 5. thalerorum dicitur actuario.

(c) LVDOVICI *ciuil. proc. cap.* XVIII. §. VII.

(d) Vid. ERNESTI ducis saxo-
gothani *gerichts und process ordn.*
Part. I. c. 10. §. 14.

III. dierum (e), vt in ducatu magdeburgico spatium IV. hebdomadum (f), non a die termini ad rotuli probatorii publicationem praefixi, sed confestim a die, quo citatio ad publicationem rotuli insinuata est, currere incipit.

§. XXIIX.

ROTVLORVM PUBLICATIO EXAMINIS REPETITIO
DISPUTATIONES.

Probationem & reprobationem absolutam, postquam testimonium reprobatoriorum depositiones iuratae in rotulum quoque redactae sunt, insequitur rotulorum testimonialium (f) *publicatio*, quae nihil aliud est, quam actus iudicialis, quo rotuli, vel obfignati actis inserti, vel in scriniis iudicialibus adseruati, petente alterutra parte (g), aperiuntur (h), eorumque exempla partibus

(e) *Ord. Polit. Tit. XXX. §. 15.*

(f) Ex regula rotulorum probatoriorum & reprobatoriorum publicatio simul facienda est. PVFENDORF. *proc. ciuil. P. III. c. XVII. §. III. pag. 496.* cauere ergo iudex debet, ne iniuste publicationem praecipitet. MEY. *Part. III. decis. CCCXLV.* qui, si reus ad reprobationem se offerat, petitionem actoris, publicationem rotuli urgentis, reiicere debet in haec verba: auff gesuchte beweis eroeffnung vel auff vorbribringen vnd darwieder beschehene protestation in sachen &c. das klaegers suchen, wegen eroeffnung des beweises, noch zur zeith nicht statt hat, sondern damit, so lange, bis beklagte ihren gegenbeweis geführet, als worzu ihnen die gebethene saechsische frist einzuraeumen, billig in ruhe gestanden wird. Quamuis autem in patria

mea, reus quoque ante publicationem rotuli probatorii ad reprobationem admittatur, cum primis super articulis directe contrariis & praefito malitiae iuramento, si scilicet suspicione oneretur, quod litis protrahendae causa id petat, attamen, si ille, qui probationem peregit, ex sua parte publicationem urgeat, haec ipsi non denegatur. *reform. francos. Part. I. tit. XXXIV. §. II. & IV.*

(g) Petitio haec quoque in *reform. francos. c. l. §. I.* requiritur & olim in saxoniae electorali, hodie vero iudex ex officio de ea sollicitus esse debet, *O. P. S. Tit. XXIX. §. I.* quod etiam in *ord. trib. cell. Part. II. Tit. VIII. §. 35. cap. II. corp. constit. calenb. pag. 112.* permittitur. add. PVFENDORF. *cit. cap. XVIII. §. I. pag. 495.*

(h) Publicatio duplici modo fieri so-

ribus communicantur. (i) Tametsi autem utilis & necessaria sit haec rotulorum publicatio, eius tamen omissio, cum non sit de substantia processus, nullitatem *insanabilem* non parit (k), nisi, adpellatione contra omissam publicationem interposita, iudex nihilo-fecius sententiam tulerit (l), semel autem rotulorum publicatione facta, in iudicio *ordinario* (m) examinis repetitio, aut noua testium productio, neque super iisdem, neque super directo contrariis (n) articulis permittitur, nequidem in adpellationis instantia, tam in foro *communi* (o), quam *saxonico* (p), modo examen rite peractum sit, quando enim quaedam pro indaganda veritate necessaria omissa sunt, repetitioni eius locus denegari nequit, multum tamen refert, vtrum defectus examinis commissarii aliusue facto vel casu, sine aliqua eius, cui probatio incumbit, culpa, an vero per huius dolum vel negligentiam, dum non curauit ista fieri, quae fieri debebant, exortus sit: sicut enim hoc casu negligentia partis non meretur, vt ei succurratur (q); ita priori casu

ri solet, vel *verbaliter*, quando iudex nudis verbis declarat, attestata esse publicata, vel *realiter*, quando depositiones testium partibus vel praelegi curat, vel easdem ad inspiciendum & perlegendum iisdem tradit.

(i) In saxonica electorali ex ordine id in ipso die termini fieri solet, neque tamen hoc O. P. S. R. tit. XXIX. abscisse requirit, sed sufficit, si intra 14. dies communicatio facta sit, quibus elapsis, iudici negligenti mulcta V, imperialium irrogatur, in iudiciis quoque calenbergicis & cellensibus partibus spatium XIV. dierum praefigitur, intra quod rotulorum exempla redimere obligantur. PVFENDORE. c. l. §. II. 496.

(k) PVFENDORE. cit. §. II. p. 496.

(l) MEV. Part. II. D. LII. Dec.

CCLXV. & Part. VII. Decis. CCCXXXI. solet tunc iudex adpellationis pronunciare: Dafs in der sache gebührend zu verfahren, derowegen vor allen dingen das geführte zeugniß zu eroeffnen, worauff alsdann ferner ergethet, was recht ist.

(m) LYNCKER. Decis. CCCCLXXI.

(n) In appellationis instantia super indirecte contrariis articulis probatio per testes admittitur. CARPZOV. Part. I. c. XXI. def. IV.

(o) Clem. ult. de testib. STRVV. S. I. C. Ex. XXVIII. thes. XLIV. PVFENDORE. cit. cap. XVII. §. IV. pag. 498.

(p) CARPZOV. c. l. def. II.

(q) MEV. Part. VIII. Dec. CCCXXXVI. minor tamen restitutione

casu, si iudex non recte circa examen versatus sit, hoc vel plane nullum est, adeoque cum plane non attendendum sit, sine dubio ex integro committi ac perfici debet, vel circa illud tantum nullitates quaedam commissae sunt, & tunc, vbi partis interest, vel ratio certa id exigit, ad repetitionem (*r*), sine nouo tamen iuramento, omnino deueniendum est, siquidem nulla testium subornatio vel collisio, aut alia fraus metuenda sit (*s*). Ad extremum partes ad disputationes super causa principali in scriptis peragendas progrediuntur. Tametsi autem iure communi, si iudex, quod facere potest (*t*), his disputationibus inferendis certum numerum non praeferat, multiplicatio earum in libero partium arbitrio posita sit (*v*); in camera tamen imperii, secundum recessum imperii nouiss. de A. MDCLIV. (*x*), deductione probationis & duplica abrogatis, cuilibet parti vnum tantum productum, cum quo concludit, conceditur, ita vt is, contra quem probatio suscepta est, eandem per exceptionem impugnet, alter vero cum vberiore deductione eorum, quae in probatione continentur, eandem defendat, quo iure etiam in quibusdam iudiciis brunsvico-luneburgicis, sed non in omnibus vtuntur.

tionem in integrum iuuatur. LYNCKER. tom. II. resp. CLXXXI. n. 1. sq. hinc frustra examen vt nullum impugnatur ab eo, qui nulla interrogatoria ante illud exhibuit, neque repetitioni examinis locus est, si post aperturam rotulorum petat, vt testes quoque super interrogatoriis nunc demum oblatas examinentur, nisi forte scabinis aliter visum fuerit. vid. *reform. francof. Part. I. Tit. XXXIV. §. VIII.* in fine ibi: doch wollen wir den schoeffen, da sie für nothwendig achten würden, die zeugen faemptlich oder zum theil, aus richterlichen ambt wiederumb zu verhoeren, hierdurch nichts benommen haben.

(*r*) PVFENDORF. c. l. §. VI. pag. 479.

(*s*) A. FABER. lib. IV. cod. tit. XIV. Def. XLVII. MEVIUS Part. IX. Dec. XCV. add. PVFENDORF. c. l. §. IV. in fin. & §. V. & VI. pag. 498. sq. STRVV. S. I. C. Ex. XXVIII. tb. XLIX. BRVNNEM. proc. civil. cap. XX. n. 83. sq. STRYCK. Vol. II. disp. halens. XVI. de probat. probat. melior. cap. III. n. 98. sq. Gundlingian. Part. IX. pag. 367.

(*t*) Auth. iubemus. C. de iudic. Nou. XCV. c. II. PHILIPPI ad ord. proc. sax. tit. XXIX. consid. II. n. 2.

(*v*) §. 2. & 3. Inst. de replicat. L. 2. §. 3. D. de except.

(*x*) §. und demnach 56. & §. ebenmaessig 57.

vtuntur (y). In patria mea post publicationem rotuli, ei, contra quem probatio suscepta est, communicatio quidem fit cum termino ad excipiendum (z); neque tamen propterea ei, qui probare obstrictus fuit, facultas probationes deducendi denegatur (a), duaeque positiones cuiuslibet parti conceduntur (b). In saxoniam plerumque duae positiones, a qualibet parte admittuntur, quae in scriptis proponuntur, neque in arbitrio iudicis est, citare partes, quae non consenserunt, ut super probatione per testes peracta oretenus procedant (c). Qui probationem impugnat, cum ad *examen* testium, an scilicet recte & legitime peractum sit (d)? tum ad *personas* eorum, an habiles sint, nec ne (e)? postea ad *dicta* respicit (f). Et his quidem plerumque, praeter *obscuritatem* (g), opponi solet *incertitudo*, quae

(y) Vid. PVFENDORF. c. 1. §. V. sq. pag. 503 sq.

(z) Reform. francos. Part. I. tit. XXXVIII. §. I.

(a) Reform. francos. c. 1. §. II.

(b) Permittuntur tamen adhuc conclusiones, imo aliquando etiam triplicae & quadruplicae in causis arduis & prolixis, aut si noua in duplicis proferantur. Reform. francos. c. 1. §. III. & IV.

(c) RIVIN. ad O. P. S. Tit. XXIX. Enum. V.

(d) Si enim testes contra formam a lege praescriptam audiuntur, examen eorum nullum est, Nou. XL. cap. IX TABOR. Dec. CXCI. n. 5. 6.

(e) Plerumque enim exceptiones contra personas testium, post eorum examen deducendae, reseruantur, vid. reform. francos. Part. I. tit. XXXIII. hinc aliquan-

do noua reprobatione ad fidem eorum eleuandam opus est. PVFENDORF. cit. cap. XVII. §. IV. pag. 498. de inhabilitate testium vid. late reformat. francos. Part. I. tit. XXXIII.

(f) Vid. IO. HENR. MEIER in πεντελογισίῳ *testium priuilegiator.* pag. 113. sq.

(g) An pro dilucidandis vberius testium dictis documenta proferri possint, non omni exemptum est dubio, quamuis enim in ord. cur. prou. calenberg. tit. LI. §. derohalben cap. II. corp. const. calenb. p. 444. haec verba legantur: *briefliche vhrkunden beybringen, oder auch zu hülf der zeugen sage einlegen wolte*, nondum tamen expeditum est, an id post probationem peractam liceat. vid. PVFENDORF. cit. loc. cap. VIII. §. IX. pag. 428.

quae maxime inde oritur, si testis *rationem*, & causam *scientiae* suae adlegare nequeat (*b*), aut *relative* deponat, nisi de relato constet (*i*), porro & *varietas*, nec non *contrarietas* & *singularitas* testium fidem eleuare solet, testi enim *varianti* non creditur, quia perinde, vt testis, qui sibi ipsi contrarius est, suspectus habetur, maxime cum in iudico variat (*k*), neque refert, an vnus testis sibi ipsi contrarius sit, an vero plures testes sibi inuicem contradicant (*l*), quo casu tamen dicta maioris partis, non solum vnus testis adsertioni anteferenda sunt (*m*), sed hic quoque tanquam periurus & falsarius puniendus est (*n*), modo reliqui testes iurauerint, nam in collisione testium iuratorum & non iuratorum duo iurati plus fidei merentur, quam tres iniurati (*o*). Quandoquidem vero ex iuramenti identitate indiuiduitas quaedam inter dicta testis quod ad falsitatem & periurium oritur, ex ea porro fluere videtur, vt testi, qui in sua depositione in vno falsus deprehensus est, quod ad omnia eius dicta reliqua, fides denegetur, quippe quae, etiamsi vera sint, pro nullis habentur (*p*), modo

contra-

(*b*) Vid. supr. §. XXIII. vnde testis *ignorans* vel *negans* nihil pro producente, imo *negans* contra eum probat. Nam sicut is, qui se ignorare dicit, nihil dixisse, vel e- gisse censendus est, arg. L. 10. D. de inoff. test. TABOR. Dec. CXCI. n. 60. & 61. ita, qui negat, omnino nihil ponit, sed potius alterius ad- firmatiuam destruit. arg. L. 9. §. I. D. si quis caut. iud. sist. TABOR. c. l. n. 67 vid. tamen LEYSER. spec. CCCXXXVI. m. I. sq.

(*i*) ME V. Part. VII. Dec. CCCXLVIII.

(*k*) WESENBEC. Part. VI. Cons. CLXXV. n. 15. vbi addit, quod fidei suae testis etiam is, qui aliter extra iudicium deposuit, non mediocriter deroget.

(*l*) WESENBEC. c. l. n. 17.

(*m*) MEICHSNER tom. IV. Decis. Cam. XXXVI. n. 40. testibus tamen *adfirmantibus* plus creditur, quam *negantibus*. LYNCKER. resol. CCCXLVII. HARPRECHT. Cons. Tubing. LXXXVIII. n. 142. vid. late LEYSER spec. CCLXXXVI. med. I. sq. ex illis vero, de nego- tio magis informatis factumque inte- grum plene narrantibus, plus fidei habendum, quam illud non totum narrare, valentibus. HARPRECHT Cons. LXXXVIII. n. 142.

(*n*) L. 27. pr. ad L. corn. de fal- sis. HARPRECHT cons. Tubing. LXXXVIII. num. 120.

(*o*) ME V. Part. VIII. Dec. CCLXII. n. 5.

(*p*) HARPRECHT. c. l. n. 158.
FA.

contrarietas sit in negotio *principali* (q) ac *vera* & *irreconciliabilis*, nam *adparens* contrarietas, quae per verisimilem aliam testium depositionem iuuatur, tantum abest ut noceat, ut potius testium dicta, quantum & quocunque modo fieri potest, iuvanda, concilianda & concordanda sint, quo *adparens* contrarietas vel falsitas tollatur (r). Qui metuit testes suos *singulares* fore, caute agit, si vnum tantum producat, & ad iuramentum suppletorium se offerat, nam utique vnus testis differt a singulari (s), vnde testes mille singulares minus probare dicuntur, quam vnus solus (t), siquidem *singularitas*, quam tuentur, *obstativa* sit, quia haec nihil aliud est, quam *contrarietas*, siue contradictio testium. Alia est ratio singularitatis *diuersificatiuae*, quando scilicet testes deponunt de diuersis factis & actibus, vel de alio atque alio tempore ac loco (v), nec non *cumulatiuae*, siue *adminiculatiuae*, quando scilicet testes de diuersis quidem factis, sed ad idem, quod probandum erat, tendentibus deponunt, horum enim testium singularium depositiones probant (x).

§. XXIX.

FARINAC. *de testib. qu.* LXVII. n. III. SICHARD *ad L. I. C. de edict. diui Hadr. toll.* n. 20. dissentit FLECK *in bibliotheca iur. L. V. tit. LVII. n. 10.* qui putat, neutri quidem dicto vnus testis, cuius attestatio contraria est, fidem habendam esse, sed tamen reliqua dicta non contraria salua manere.

(q) Si contrarietas sit in aliquibus circumstantiis non nocet. PHILIPP. DECIVS *Conf. C. n. 5.*

(r) DECIVS *cit. Consil. C. n. 2. sq.* MEICHSNER *tom. III. Decis. Cam. XXXIII n. 90.* sic v. c. testes varii & contrarii non dicuntur, quando vnus minus deponit, quam

alter, quia etiam in vno eodemque loco vnus testis plus vidisse & audiuisse potuit, quam alter. DECIVS *c. l. n. 4. § 6.*

(s) LYNCKER. *anal. ad Struu. Ex. XXVIII. tb. XLVIII. pag. 269.*

(t) LAVTERB. *coll. thr. pract. tit. de testib. §. XXXVI.*

(v) Haec singularitas testimonii fidem non eleuat. STRVV. *S. I. C. Ex. XXVIII. tb. XLVIII. MEV. Part. VII. Dec. CLXIX.*

(x) STRVV. *cit. thes. XLVIII. LYNCKER. tom. I. resp. CXLIX. n. 19. vid. late resp. CXLII n. 7. sequ. add. Decis. MCCCXXX.*

§. XXIX.

RECOGNITIONIS TESTIMONIALIS EFFECTVS
IUDICIS SENTENTIA.

Quemadmodum, si testes documenti veritatem non agnoverunt, atque adeo probatio deficit, pro diffessione pronunciatur: dasß klaeger dasienige, so ihm zu erweisen aufferlegt oder nachgelassen worden vnd er sich angemasset, wie recht nicht erwiesen, derowegen beklagter das document sub A. zu diffitiren, vnbenommen, vel in saxonia electorali, dieweil die fol. . . abgehorte zeugen, dasß sie bey subscription des producirten documents sub A. mit gegenwaertig gewesen, vnd das Titius zu solchem document sich bekannt habe, selbstgehoeret, auszusagen nicht vermocht, so ist beklagter seinem erbiethen nach, klaegers einwendens vngeachtet, zu dessen eydlichen diffession zuzulassen; ita si veritatem eiusdem agnouerint, siue, quod verum *originale* sit, plene per testes probetur, diffessurus ad diffessionem non admittitur, sed vel poenam contumaciae, propter quam documentum pro recognitio habetur & omnes exceptiones, quas contra veritatem documenti proponere potuisset, amittuntur (y), incurrit, vel saltim abscisse ad recognitionem obligatur, quae hac formula ei iniungitur: dasß klaeger dasienige, so ihm zuerweisen aufferleget, oder nachgelassen worden, zur nothdurfft erwiesen, derowegen beklagter, seines worwendens ohngeachtet, das producirt document bey vori-ger warnung zu recognosciren schuldig, vnd hat die diffession nicht statt (z), modo plene probatum sit, per duos testes omni exceptione maiores, de veritate & certa scientia iurantes (a). Qui vero iurato diffessus fuit documentum, cuius veritas
postea

(y) In O. P. S. R. Tit. XXV. §. 5. praeterea multa, ad quantitatem usque 10. 20. vel plurium imperialium determinata, coercetur.

(z) Vid. RIVIN. ad O. P. S. R. tit. XXV. *enunc.* XXXII.

(a) Etiam in criminalibus hoc casu recognitio documenti, ad effectum irrogandi poenam ultimi supplicii, sufficere potest; sed si de credulitate tantum deponant, vel extraordinariae poenae, vel torturae,
vel

postea per testes plene euincitur, ob commissum periurium puniri potest (b). Plena probatione deficiente, iuramento vel *suppletorio*, si *semitplene* probatum sit, vel *purgatorio*, si minus, quam *semitplene* probatum sit, locus est. Quoniam autem hodie apud nos testes in instrumentorum priuatorum confectione vel minus saepe ac olim adhibentur, vel saltem, si documentum post longum temporis interuallum ad fidem faciendam producat, mortui sunt, sicque deficiente testimonio veritatis, post multas ambages, quibus iudicio mora illata est, diffessus plerumque ad purgatorium iuramentum, quod cum diffessionis iuramento fere conuenit, admitti solet, facile perspicere licet rationem, ob quam haec recognitio in saxoniam electorali, excepto solo casu, quo testes vel scripturae interfuerunt, vel ad minimum certam scientiam habent, documentum vel ab eo, cuius nomen prae se fert, vel sciente saltem & volente eo scriptum, vel subscriptum esse, plane abrogatum sit (c).

§. XXX.

COMPARATIONIS LITERARVM DEFINITIO
ET DIVISIO.

Si nulli testes adsunt, quibus veritas documenti probari possit, siue, quod in confectione eius nulli adhibiti, siue quod hi absentes aut mortui sint, nec alii adsint, quibus cognita est manus, quae instrumento subscripta legitur, in *extremum* subsidium (d) ad *literarum* & *sigillorum* comparisonem, ceu *ultimum* veritatis indagandae remedium, confugere solet is, qui fidem

vel etiam iuramento purgatorio locus erit. HARTLEBEN *de recogn. inst. per testes* cap. III. §. V.

(b) *Ord. Trib. cell. Part II. Tit. VIII. sect. II. §. 7 in fin. cap. II. corp. constit. calenberg. pag. 120. vid. PVFENDORF. proc. ciu. Part. III. cap. VIII. §. XLIX. pag. 448. vbi*

poenam periurii ad diffessionem iuratae propriae manus & sigilli restringendam, non etiam ad diffessionem alienae manus & sigilli, ob praesumptionem ignorantiae, extendendam esse putat.

(c) *Supr. §. XXII. not. (s)*

(d) *Supr. §. XIX.*

fidem eius, a quo diffessio fieri debet, suspectam habet (e). Est igitur comparatio literarum remedium *subsidiarium* (f), quo is, qui documentum *dubium* producit, per huius collationem cum alia *indubitabili* scriptura eius, cuius *dubium* documentum esse dicitur, a iudice competente legitime factam, ex similitudine literarum & elementorum omnibus suis partibus expleta & perfecta, ab adhibitis artis scriptoriae peritis, secundum artis suae regulas, obseruata, documento dubio, quod alter iurato vel diffessus vel diffessurus est, tantam fidem conciliare intendit, quanta requiritur, ut iudex credere possit, dubium & contentiosum documentum, eius esse, cui adscribitur (g). Equidem SALICETVS (h) hanc literarum comparationem diuidit in *necessariam*, quae fit ceteris probationibus deficientibus, super instrumento intentionem petentis probante, in *frustratoriam* siue *inane*m, quae fit super instrumento defectum habent-

(e) Supr. §. XVII.

(f) Nunquam hoc remedium adhibetur, nisi reliquae probationes omnes deficient, vid. LYNCKER. Dec. CCCCIV. quid? quod IUSTINIANVS non aliter comparationem literarum fieri concessit, quam, si is, qui collationem instrumenti petit, iuret, se omni alia probatione destitutum ad comparationem instrumentorum venisse, nec quidquam circa eam fecisse, aut machinatum esse, quod forte veritatem occultare possit, Nou. LXXIII. cap. VIII. §. 3. quia enim suspicionem litis protrahendae & veritatis immutandae oneratur is, qui in remedio *extraordinario* refugium quaerit, eam iuramento purgare tenetur, quod iudex pro arbitrio suo ex officio deferre potest, sed non abscisse tenetur, nisi pars aduersa id petierit, tunc enim vix

remitti potest, quamuis GEORG. GERBET. in tract. de caut. iuram. sect. III. cap. III. posit. V. n. 215. sq. pag. 488. sq. nec hoc casu omne iudicis arbitrium excludendum esse existimet, & a iudicio salinario halensi, foeminae, quae pia quidem & honesta, sed multis tentationibus & moerore animi vexata fuit, exactum hoc iuramentum, ex sententia scabiorum lipsiensium, remissum fuisse, testatur. add. PVFENDORF. proc. civil. Part. III. c. VIII. §. XLIII. pag. 445. formulam iuramenti vid. apud GERBET. c. l. pag. 448.

(g) Vid. PVFENDORF. intr. ad proc. civ. brunf. luneb. Part. III. cap. VIII. §. XLI. pag. 444.

(h) In L. 20. C. de fid. instr. num. 10.

habente, & in *superfluam*, quae fit, quando alia remedia plene probantia adsunt; sed diuisio haec non tam *generis* est in suas *species*, quam vocis *aequivocae* in sua *aequivocata*.

§. XXXI.

RECOGNITIONIS PER LITERARVM COMPARATIONEM
VSUS IN IUDICIIS GERMANIAE IN
OMNI PROCESSV ETIAM POST DIFF-
FESSIONEM IVRATAM.

Vt *testimonialis*, ita huius quoque recognitionis, quae fit per *literarum comparisonem*, origo in iure patrio quaerenda est (i), licet iure quoque iustiniano haud incognita sit (k). Praeter iudicia brunsvico-luneburgica (l), bremensia, verdensia, hildesiensia, schaumburgica (m), iudicia saxonica, non solum ducalia (n), sed olim quoque electoralia (o) & camera imperii eam retinuerunt (p), neque dubitandum est, quin eius usus in aliis etiam iudiciis, ubi abrogatio probari nequit, recte adseratur (q), tam in processu *executiuo*, quam *ordinario*, quamvis ICti saxones, quod ad *executiuum* processum, dissentiant (r), iudicia enim saxonica petitam in processu *executiuo* literarum comparisonem, saltim ex regula, reiiciunt: dass die gesuchte comparatio literarum nicht

(i) Vid. §. XVII. not. (y)

(k) Cit. §. XVII. not. (x)

(l) Vid. ord. summ. trib. cell. Part. II. sect. II. §. 7. cap. II. corp. constit. calenb. pag. 118. sq. Ord. cancell. calenb. tit. XXII. §. 5. cit. cap. II. pag. 296.

(m) PVFENDORF. proc. ciu. Part. III. c. VIII § XLII. pag. 444.

(n) Vid. ERNESTI pii Ducis saxo gothani gericht's und process ordn. Part. I. cap II. §. 30. pag. 49.

(o) CARPZOV. Part. I. const. XVII. def. XV, & in proc. tit. XIV,

art. III. n. 74 sq. hodie vero in ord. proc. recogn. ad tit. XXV §. 5. ex hac ratione: Weil sie meistens ohne effect vnd doch öftters zum grossen auffenthalt in der sache gereicht, abrogata est.

(p) GERBET. tr. de caut. iuram. sect. III. cap. III. posit. V. n. 191. sq pag 486.

(q) PVFENDORF. cit. §. XLII. pag 444.

(r) SVENDENDOERFER ad FIBIG. pag 739. & 744. WERNHER in comp. iur. L. IV. tit. XVIII. §. 27.

nicht statt hat (s). Quibus vero ex rationibus extra saxoniam (t) recognitioni testimoniali, etiam post iuratam diffessionem, locus adhuc conceditur (v), ex iisdem quoque rationibus literarum comparatio, post eam factam, adhuc admittenda est.

§. XXXII.

NECESSITAS SCRIPTURAE DUPLICIS VTRIVSQUE QUALITAS ET REQUISITA.

Quod ad literarum comparisonem instituendam *duplex* scriptura necessaria sit, una *ad*, vel *circa quam*, siue quae comparanda est, altera vero *ex qua* comparatio fieri debet, a nemine facile in dubium trahi potest. Est autem scriptura *ad quam* idem illud documentum, quod continet id, ad quod debitor obligatur, cuius fidem autem productus per iuratam diffessionem vel iam eleuauit, vel eleuare paratus est.. Per scripturam vero *ex qua* intelligitur documentum, ex quo similitudo accipienda est. Quandoquidem vero in germania non solum *plena*, sed etiam *minus plena* probatio ex literarum comparisonem sumi potest, discrimen illud, quod, vt per literarum comparisonem veritas scripturae ad *quam* plene probetur, IUSTINIANAS (x) inter documenta, quae *ruri* vel in *ciuitate* quidem, super re tamen *libram auri non excedente*, & ea, quae *libram auri excedit*, fecisse videtur, vt scilicet non his, sed illis duntaxat, sola literarum comparisonem plena fides concilietur, in iudiciis nostris nullum vsum habet, sed indiscriminatim in quauis scriptura *ad quam* literarum comparatio admittitur, modo sit (1) *priuata* (y), quia in *publicis* instrumentis maxime *iudicia-*

(s) SVENDENDORF. c. l. pag. 744. vid. *supr.* §. XIX. not. (e) & §. XX. not. (d)

(t) In saxoniam post diffessionem iuratam oblata literarum comparatio, reiicitur hac formula, dass

klaegers suchen nicht statt habe. SVENDENDOERF. c. l. p. 744.

(v) *Supr.* §. XX.

(x) Nou. LXXIII. cap. IX.

(y) Vid. IO. LAVRENT. ZVBROD *diff. de comparat. literar.* cap. VI. §. 9. sq.

iudicialibus (z) comparatio literarum locum non habet (a), (2) requiritur, ut de veritate eius nec per se nec aliunde constet (b), ipsi tamen producenti, (3) profutura sit. Nam, ne actus comparationis frustratorius sit, requiritur, ut in scriptura comparanda siue *ad quam*, vel actoris intentio, vel rei conuenti exceptio fundata sit, seu ut, veritate eius demonstrata, exinde probari queat (c). Ut autem scriptura *ex qua*, siue documentum, ex quo comparatio fieri debet, huiusmodi requiritur, quod integrum, certum ac indubitabile est (d); ita pro talibus sine dubio habentur instrumenta *publica*, magistratus auctoritate confecta, vel saltem ex archiuo prolata, aut a tabellione siue notario caesareo publico confecta (e), vel priuata quidem, sed a tribus testibus subscripta (f), aliae enim scripturae ad faciendam cum iis dubii documenti collationem, quia ex his, quod ab eo, de cuius manu iam quaeritur, scriptae sint, constare nequit, non admittuntur (g), nisi forte in aliis actis ab aduersario productae deprehendantur (h), vel is veritatem eorum non diffi-

(z) Ea, quae a tabellionibus confecta sunt, ubi tabellio vel absens vel mortuus est, comparationem admittunt. *Nou. LXXIII. cap. VII. §. 2.*

(a) Comparatio illa, quae aliquando ob falsi suspicionem fit, magis ad fidem eleuandam, quam ad veritatem documenti publici probandam instituitur. ZVBROD *cit. diff. cap. IV. §. 4.*

(b) ZVBROD. *c. l. §. 3. 5. & sq.*

(c) ZVBROD. *cit. cap. VI. §. 2.* GERBET. *in tr. de caut. iuram. sect. III. Cap. III. posit. V. n. 208. pag. 487.*

(d) L. 20. C. de fid. instr. *Nou. LXXIII. c. 7.*

(e) GERBET. *c. l. n. 224. sq. pag.*

489. ZVBROD. *cit. dissert. cap. V. §. 3. sq. vid. supr. § VII.*

(f) *Supr. cit. § VII. not. (a)*

(g) SVENDENDOERF. ad FIBIG. *pag. 744.* excipiente aduersario, si de literarum comparatione sententia iam lata sit, vid. §. *sq.* not. (n) pronunciatur; dass das producirte document zu der nachgelassenen comparatione literarum nicht zulaesslich, si vero sententia de ea nondum lata sit, dass klagers suchen nicht statt hat, vnd wird beklagter zu der diffessione des producirten documentes billig gelassen. Idem *c. l. p. 744.*

(h) WERNHER. *comp. iur. LIV. tit. XVIII. §. 16.*

diffiteatur (*i*), deficiente omni scriptura tam publica, quam privata, ex qua comparatio fieri queat, potest producens, praestito prius iuramento calumniae, petere a iudice, ut producto in continenti literas manu dextra & sinistra pingendi necessitatem imponat (*k*).

§. XXXIII.

PERSONAE AD COMPARATIONEM LITERARVM NECESSARIAE.

Vt comparatio literarum fieri possit, tres personae, ut in recognitione (*l*), concurrere debent. Offert se ad eam *producens* (*m*), decernit vero *iudex* (*n*), quem *competentem* esse oportet, quoniam enim iudicii fundamentum potestas seu iurisdictio iudicis est, non potest non eius defectus omnia iudicis acta facere nulla (*o*). Quamvis autem perinde sit, siue ipse iudex comparationem instituat, siue is, quem ad hoc negotium delegavit (*p*), quod facere solet iudex, si instrumenta ad iudicii locum commode deferri nequeunt (*q*), collegium tamen Ictorum, ad quod

(*i*) PVFENDORF. *proc. ciu. Part. III. C. VIII. §. XLII. pag. 445.*
GERBET. *c. l. n. 131. pag. 490.*

(*k*) GERBET. *c. l. n. 232. §. pag. 490.*

(*l*) *Supr. §. XIII.*

(*m*) Vid. SVENDENDORF. *c. l. pag. 739.*

(*n*) Hac formula: Würde kläger das libellirte document, durch vergleichung anderer des Titii kaentlicher schrift beglaubigen, so ergethet darauf ferner was recht ist, vel, dass beklagter vnd product noch zur zeit zur eydlichen diffession des producirten documents sub A. nicht zulassen, sondern es wird zuzorderst klaegern vnd pro-

ducententen comparationem manuum anzustellen, vnd dass die vnter ermeldten document befindliche vnterschrift beklagtens eigene hand sey, innerhalb 4. wochen beyzubringen, billig nachgelassen.

(*o*) *L. fin. ibique DD. D. de iurisd. MEV. Part. I. D. C. n. 2. P. V. Dec. CCX. n. 4. Praef. differt. de vitio nullit. proc. iudic. §. VIII.*

(*p*) Vid. *supr. §. XXII.*

(*q*) RVLAND *de commissar. Part. II. lib. III. cap. IV. num 13.*
HERT. *de inspect. ocular. §. XXIV. in fin. Vol. I. tom. III. opusc. pag. 248.*

quod acta pro concipienda sententia transmittuntur, magis audacter, quam perite agere mihi videtur, siquidem ad comparationem literarum progredi, atque in ea, sine commissione iudicis peracta, sententiae suae fundamentum ponere velit. Is contra quem literarum comparatio decernitur, est idem ille, qui scripturam, *ad quam* comparatio instituenda est, diffitetur, qui ipsemet ad eam, eo fine, ut fidem documenti conciliet, prouocare nequit (r). Quandoquidem vero iudex, non semper ea artis scriptoriae peritia, quae ad inuestigandam perfectam & omnibus partibus expletam similitudinem necessaria est, pollet, facilius etiam inuenitur, quod a pluribus quaeritur (s), solus iudex, vel is, quem delegauit, absque artis huius peritis comparationem perficere nequit (t). Ut igitur hi iudicium suum de similitudine scripturarum exacte interponere queant, non solum magni iudicii esse, sed artis quoque scriptoriae peritia, summaque de ea iudicandi facultate pollere debent. Ne autem effraenata potestate ad vexandos homines superflua multitudo peritorum in arte protrahatur, iudex moderetur & eum solum numerum, quem necessarium esse putat, euocari patiatur (v). Cum vero artis periti testibus aequiparentur, saltem duo vel tres eligendi sunt (x), qui, ut non solum consuetudine seruetur, sed iuri etiam conuenit, non a iudice, sed ab vtraque (y) parte eligantur (z), quibus absentibus, vel iusto tempore, quod

(r) Vid. ZVBROD, *cit. diff. cap. IV. §. 6. sq.*

(s) *Can. ult. distinct. XX.*

(t) ZVBROD, *c. l. cap. III. §. 3.*

(v) *L. I. §. 2. D. de testib.*

(x) RVLAND *de commiss. Part. II. Lib. I. cap. XXXVIII. n. 18.*

(y) TABOR. *Decis. CCV. num. 45.*

(z) RVLAND. *c. l. Part. I. libr. IV. cap. XXIV. n. 4. ad vnius ergo partis instantiam facta litera-*

rum comparatio ab altera recte impugnabitur. MEV. *Part. I. Decis. XXIX.* quod autem iudici permis- sum non est, id multo minus col- legium iuridicum, ad quod acta pro concipienda sententia transmit- tuntur, sibi adrogare potest, quia ad huius officium non pertinet, ad veritatem facti perscrutandam, ignorantibus partibus, aliquid sup- plere, sed secundum veritatem, in actis probatam, enunciare, vel

quod ad electionem necesse est, non praestantibus, iudex eligit, quia huius officium, cum discordant partes, succedit, quo etiam supplere potest negligentiam partium in iis, quae ad ordinem processus vel iura causae spectant (a).

§. XXXIV.

FORMA ET MODVS RECOGNITIONIS PER
LITERARVM COMPARATIONEM.

Vt collatio duarum scripturarum inter se facta valida haberi & aliquid efficere queat, *legitime* fieri debet, facta autem *legitime*

definitivae vel *interlocutoriae*, ridiculum igitur & prorsus euanidum fuit, cum Icti extranei propterea, quod altera pars, quae artis scriptoriae peritos arguit, eos in comparatione literarum cum debita adcuracione versatos non fuisse, petiit, ut alii artis periti, ad certos articulos; quid sibi de scriptura, quae in disceptationem vocata erat, videretur, responderent, altera parte contradicente, huic petito deferre & duorum artis scriptoriae peritorum, in quos litigantes non consenserunt, responsiones in protocollo consignatas, actis inferere non dubitauerint, his rationibus subtextis: ausserdem die vorige comparatores mehr erwehnten H. S. vnterschrift genau vnd nach allen buchstaben nicht vntersuchet, solches aber besonders in gegenwaertiger sache, wo handschriften 20 iahr von einander vnterschieden sind, billig erfordertert wird, solchemnach klaeger mit beystand rechtens anverlanget, (si hoc verum esset, pronunciare debuissent Dn. Icti interlocutorie) das schreiberey verstaendige über gewisse articul, we-

gen der in frage gekommenen handschriften, vernomen werden moegten,) dieses aber, als ein neuer beweis nicht anzusehen, sintemahl dadurch nichts neues vorgebracht, sondern das vorige in mehrere gewisheit vnd deutlichkeit gebracht worden, weswegen man sich mit dem zeugnuss zweyer schreiberey verstaendigen nicht begnueget, sondern noch zwey andere darüber *ad protocollum* vernommen, diese aber, nach genauer der buchstaben erwegung, davor gehalten, dass des H. S. vnterschrift vnter dem leyhebrieff vom iahr 1670. mit dessen im iahr 1690. d. 4ten febr. an den von G... geschriebenen brieff, wie auch mit dessen bey denen acten befindlichen handschriften, nicht *gaenzlich* vnterscheiden, sondern einander *gestaltthen sachen nach aehnlich* sind. vid. §. sq. XXXV. not. (v).

(a) L. Vnic. C. ut quae aduoc. def. MEV. Part. I. Dec. XXIX. n. 8. § 9. § in discuss. leuam inop. debit. cap. IV. sect. XIII. n. 28. pag. 326.

legitime censetur, si praescriptus modus & forma praecise & exacte obseruetur; cum quod ad actus *praeparatorios*, tum quod ad eos, qui in ipsa comparatione fiunt, siue *concomitantes*, deinde etiam quod ad *consecutiuos* (b). Ad illos refertur, scripturae ad probandum productio, eiusque ab aduersario facta negatio & oblatio ad iuramentum *diffessionis* (c), hanc sequitur *imploratio* iudicis pro literarum comparatione decernenda (d), qui ante omnia, an documentum, quod in quaestione versatur, ad probandum sufficiat, adeoque profuturum sit (e), aliae vero ad fidem ei conciliandam necessariae probationes deficient (f), & an is, qui comparationem petit, iuramentum calumniae praestiterit (g)? animum attendere, nec non de certitudine scripturae, ex qua, mediante comparatione literarum, veritas documenti *ad quod* euincenda est (h), sollicitus esse debet, si putauerit, ei oportere credi, electos peritos super comparatione fideliter & absque omni dolo vel tergiversatione facienda, in praesentia partium (i), corporali iuramento adstringat, eoque praestito, cum peritis comparationem sic instituat, ut hi, & singuli quidem separatim, utramque scripturam, eiusque elementa singulosque literarum, tam simplicium, quam grossarum ductus studiose diligenterque inspiciant, exquisitaeque & magna cum cura vnius scripturae ad alteram facta collatione, habita etiam ratione temporis, quod inter utramque scripturam intercedit, ut & aetatis ac conditionis scribentis (k), aliarumque necessariorum circumstantiarum, ad conuenientiam vel discrepantiam earum, quod ad literas & elementa eorumque ductus animum intendant (l), quo enim falacius & periculosius est, hoc

L 3

veri-

(b) Vid. ZVBRÖD. *cit. diff. cap. VII. §. I. sq.*

(c) Supr. §. XVII.

(d) §. pr. XXXIII.

(e) §. praec. XXXII.

(f) Vid. §. pr. XXX. not. (f)

(g) Cit. §. XXX. not. (f)

(h) Cit. §. XXXII.

(i) §. XXX. sq.

(k) Literarum dissimilitudinem saepe tempus, neque enim iuuenis aliquis & robustus ita scripserit, ut senex & tremebundus, saepe etiam morbus efficit. *Nou. LXXIII. in praefat.*

(l) PVFENDORF. *intr. ad proc. civil. Part. III. c. VIII. §. XLV. pag. 446.*

veritatis adstruendae remedium, cum quosdam ita feliciter aliorum scripturas imitatos esse, ut verae a falsis discerni non poterint, multis exemplis testatum sit (*m*), eo maiori circa illud cautione opus est; peractam, autem hanc comparisonem subsequitur peritorum relatio, quae iudicium eorum, de similitudine & dissimilitudine utriusque scripturae, continet, ex quo certitudo & veritas vel incertitudo & falsitas documenti ad probanda est (*n*).

§. XXXV.

REPROBATIO EFFECTVS COMPARATIONIS
IUDICIS SENTENTIA.

Quamvis autem dubium non sit, quin iudex ex hac peritorum artis scriptoriae relatione, siquidem iudicii sui rationem reddant (*o*), decisionem sumere possit (*p*), vix tamen solum eorum testimonium sufficit, neque in eo iudex, cuius arbitrio omnia relinquuntur (*q*), adquiescere debet, quia relatio peritorum, pro iudicato non habetur (*r*), maxime si rei vel facti, de quo testantur, exactam notitiam non habent (*s*). Sicut autem ipse iudex quoque aut delegatus eius utramque scripturam examinare, consilium de similitudine aut dissimilitudine earum cum artis scriptoriae peritis iuratis conferre & commissarius suum quoque de hac comparatione iudicium ad acta ponere potest (*t*), quod tamen evanidum esset, si ipse iudex non simul decidere,

(*m*) HERT. *de insp. ocular.* §. habenda est. *Cap. 4. X. de probat.*
XLl. Vol. I. tom. III. op. pag. L. 6. C. de re milit.
267.

(*n*) ZVBROD. *cit. diff. cap. VII.*
§. 8.

(*o*) Quia periti in arte testium loco sunt, quibus sine ratione scientiae fides non habetur. PVFENDORF, *c. l. cap. X. §. III. p. 460.* vid. §. XXIII. ergo eorum opinio tantum valet, quantum rationis habet. LYNCKER. *resol. DLXXXI.*

(*p*) Peritis enim in arte sua fides

(*q*) Perillustr. Dn. PVFENDORF.
tom. II. obs. iur. univers. XXIV.
§. IV. pag. 113.

(*r*) LYNCKER. *cit. resol.*
DLXXXI.

(*s*) HORN. *Class. XII. resp.*
LVI.

(*t*) PVFENDORF. *proc. civ.*
Part. III. cap. VIII. §. XLVI.
pag. 446.

dere, sed solum iudicium suum de similitudine, vel actis ad ponere, vel in forma sententiae partibus publicare velit (v); ita ante adprobationem partes de relatione peritorum audiri debent, praesertim si is, contra quem productum est documentum, ad reprobationem paratus sit, quippe cui, donec iudex de facta comparatione pronunciauerit, & haec sententia vires rei iudicatae adepta est, ex iisdem rationibus, ex quibus contra recognitionem testimonialem eam admittendam esse supra (x) euici, locus denegari nequit (y). Quandoquidem vero per solam literarum comparationem *plene* nunquam probari potest, quod instrumentum ab eo, cuius nomen adscriptum est, conscriptum sit, recte ex eo concluditur, quod effectum non *plene* (y), sed *semiplene*

(v) In ea tamen specie, quam supr. §. XXXIII. not. (z) retuli, collegium iuridicum pronunciauit: Nunmehr aus denen acten vnd der partheyen rechtlichen einbringen so viel zu befinden, daß des H. S. vnterschrift vnter dem leyh-brieff vom iahr 1670. mit dessen im iahr 1690. den 4. febr. an den von G. geschriebenen brieff, wie auch dessen andern bey denen acten befindlichen handschriften, *nicht gaenzlich vnterschieden*, sondern einander, *gestalten sachen nach, aehnlich* sind. Vebrigens werden die auff diesen process verwandte vnkosten &c. Notabilis profus est & mira haec sententia, in qua clausulae, *gestaltthen sachen nach*, adpositae nulla alia ratio esse potest, quam quod, agnita licet aliqua inter vtramque scripturam dissimilitudine, nihilominus tamen *iure benigno*, vid. STRAVCH. *lexic. part. iur. pag. 127* LYNCKER. *Dec. CCXXVII.* hae scripturae inter se dissimiles, ali-

quo modo seu certo respectu pro similibus ex hac ratione debeant haberi, quoniam non omnimoda inter eas diuersitas obseruata fuit. Quod si vero, quid exinde sequatur & quid efficere potuerit haec sententia? quaesieris, id intellectu perquam difficile eo magis est, quo certius mihi persuasum habeo, ad hoc, vt literarum comparatio veritatem documenti semiplene probet, non aliqualem, sed perfectam & omnibus partibus expletam similitudinem necessariam esse, qua deficiente, cum suppletorio iuramento locus esse nequeat, discessurus necessario ad iuramentum, vel *disseffionis* vel *purgatorium* admittendus erit. vid. perill. Dn. PVFENDORF. *cit. obseruat. XXIV §. V. pag. 113. tom. II.* de quo autem altum silentium in sententia fuit.

(x) §. XXV.

(y) SVENDENDOERFER ad FIBIG. *proc. pag. 742.* PVFENDORF. *c. l. §. XLVIII. p. 447.*

(z) Dissentiant COLER alii que a PV-

miplenae duntaxat probationis habeat, etiamsi *perfecta* & omnibus partibus *expleta* similitudo inter vtramque scripturam deprehendatur (a), adeoque *suppletorio* tantum iuramento locum facit, quod iudicis sententia imponitur (b), quem tamen effectum, cum rarenter producat, non potest non plerumque, cum primis si artis scriptoriae periti inter se dissentiant, iuramento solum *purgatorio*, nisi summus periurii metus adsit, locum facere, vnde non difficile est, rationem inuenire, ob quam exiguus plerumque huic comparationi effectus attribuitur, quae electorem saxoniae mouit, vt illud plane abrogauerit (c), siue enim iudex producto iuramentum *purgatorium* imponat, Würde beklagter vermitteltst eydes sich reinigen, vnd dafs &c. siue eum ad *diffessionis iuramentum* admittut: Dafs klaeger das document, wie recht nicht beglaubiget, derowegen beklagten solches zu diffitiren vnbenommen (d), mihi, cum formula iuramenti *diffessionis*, non multum distet (e) a formula iuramenti *purgatorii*, perinde esse videtur.

Tu autem lector beneuole, quae a me dicta sunt, aequi bonique consule.

a PVFENDORFIO cit. cap. VIII. §. XLVII. p. 447. adlegati, in ord. Trib. cell. Part. II. tit. VIII. sect. II. §. 7. cap. II. corp. const. calenberg. pag. 119. arbitrio iudicis relinquitur, vt is, probe expensis omnibus circumstantiis, an pro plena probatione haberi debeat, nec ne? iudicet, si ergo effectus *plenae* probationis, ob alia, quae concurrunt adminicula, literarum comparationi tribui possit, pronuncian- dum foret: Diueil von klaegern die documenta vnd vhrkunden sub A B C durch vergleichung anderer des verstorbenen Titii kaentlicher schrift, beglaubiget worden, so sind solche pro recognitis zu achten, vel extra saxoniam electoralem, so ist solche beklagter zu recognosciren schuldig, si simul definitiue

pronunciatur, additur, vnd hat derselbe dadurch sein vorbringen siue die klage zur nothdurfft erwiesen derowegen &c.

(a) Ill. KNORR. in der gründl. anl. zum ger. proc. lib. I. cap. XI. §. 23.

(b) Hac formula: Würde klaeger, dafs Titius das document sub A. fol. 60 vnterm 30. Iulii MDCCXLIX. selbst geschrieben, vermitteltst eydes erhalthen, demnach in supplementum schwören, so ist beklagter solches zu recognosciren schuldig, vnd hat die eydliche diffession nicht statt, vel in saxoniam electoralem, so ist dasselbe pro recognito zu halthen.

(c) Supr. §. XXXI not. (o)

(d) vid. Supr. §. XXIX.

(e) Supr. §. XVII not. (r)

Pag. 8. lin. 2. post verb. apta est. add. quae legitime fit.

Pag. 9. not. (k) column. 2. lin. 6. pro at lege a

Wahl, Johann Friedrich

Diss. inaug. iur. de recognitione instrumentorum per testes et
comparationem literarum

Gottinga 1750

4 Diss. 699#Beibd.35

urn:nbn:de:bvb:12-bsb10662654-6

VD18 15110095-001